

Höchststrichterliche Strafgerichtsbarkeit unter der Herrschaft des Nationalsozialismus

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
des
Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität Marburg/Lahn

vorgelegt von

Rolf Lengemann
Rechtsanwalt aus Fulda

Marburg/Lahn 1974

Fotodruck: Erich Mauersberger, Marburg



Höchststrichterliche Strafgerichtsbarkeit unter der Herrschaft des Nationalsozialismus

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
des
Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität Marburg/Lahn

vorgelegt von
Rolf Lengemann
Rechtsanwalt aus Fulda

Marburg/Lahn 1974

Fotodruck: Erich Mauersberger, Marburg



Als Dissertation von dem Fachbereich Rechtswissenschaften

angenommen am: 28. Januar 1974

Berichterstatter: Professor Dr. Schwinge

Mitberichterstatter: Professor Dr. Otto

Tag der mündlichen Prüfung: 8. Februar 1974

Inhaltsübersicht

A.	<u>Die Kritik an der Rechtsprechung der Strafsenate des Reichsgerichts</u>	1
	1. Willfähigkeit gegenüber den national-sozialistischen Machthabern	3
	2. Terroristische Überspannung einzelner Tatbestände bzw. Tatbestandsgruppen	8
B.	<u>Stellungnahme zu dieser Kritik</u>	
	I. Der Vorwurf der Willfähigkeit	16
	1. Die Lage des Richters in der Diktatur im allgemeinen	16
	2. Ist die Gleichschaltung der Richterschaft gelungen?	20
	3. Warum ist es nicht zu offener Auflehnung gekommen?	23
	a) Der Vorwurf blinder Gesetzestreue	24
	b) Die Ohnmacht des Richters	32
	II. <u>Die Einzelvorwürfe</u>	
	1. Mißachtung des Verbots der Nichtrückwirkung	46
	2. Die Folgen der Aufhebung des Analogieverbots	56
	3. Die Rolle, die der außerordentliche Einspruch und die Nichtigkeitsbeschwerde gespielt haben	66
	4. Das Reichsgericht und das Blutschutzgesetz	77
	5. Restriktive und extensive Auslegung	94
C.	<u>Zusammenfassung der Ergebnisse</u>	104



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552319_0072

Schrifttumsverzeichnis

- | | |
|------------------------|--|
| Anschütz, Gerhard | Die Verfassung des Deutschen Reiches.
12. Aufl. Berlin 1930 |
| Arnau, Frank | Die Straf-Unrechtspflege in der
Bundesrepublik. München 1967 |
| Arndt, Herbert | Der Richter im Dritten Reich.
DRiZ 1959, 359 f. |
| Bader, Karl | Die deutschen Juristen. Deutsche
Rechts-Zeitschrift 1946, 33 ff. |
| Bader, Karl | Die deutsche Justiz im Selbstzeugnis.
JZ 1960, 1 f. |
| Bauer, Fritz | Die Wurzeln faschistischen und nation-
alsozialistischen Handelns.
Frankfurt 1965 |
| Bauer, Fritz | Widerstand gegen die Staatsgewalt.
Dokumente der Jahrtausende.
Frankfurt 1965 |
| Bauer, Fritz | Widerstandsrecht und Widerstandspflicht
des Staatsbürgers. Frankfurt 1962 |
| Becker, Heinz | Die Rassenschande. Diss. Gießen 1937 |
| Bergbohm, Karl | Jurisprudenz und Rechtswissenschaft.
Leipzig 1892 |
| Biddle, Francis | Le Procès de Nuremberg. Revue Inter-
nationale de Droit Pénal 1948 S. 9 ff. |
| Binding, Karl | Lehrbuch des gemeinen deutschen Straf-
rechts, Besonderer Teil.
Band 1, 2. Aufl. Leipzig 1902 |
| Blau, Bruno | Das Ausnahmerecht für die Juden in
Deutschland 1933 - 1945.
Düsseldorf 1965 |
| Bockelmann, Paul | Richter und Gesetz. Festschrift für
Rudolf Smend. Göttingen 1952 S. 23 ff. |
| Bracher, Karl-Dietrich | Die Auflösung der Weimarer Republik.
2. Aufl. Stuttgart und Düsseldorf 1957 |
| Bracher, Karl-Dietrich | Deutschland zwischen Demokratie und
Diktatur. Beiträge zur neueren Poli-
tik und Geschichte. Bern, München,
Wien 1964 |

- | | |
|---|--|
| Bracher, Karl-Dietrich,
Sauer, Wolfgang und
Schulz, Gerhard | Die nationalsozialistische Macht-
ergreifung. Studien zur Errichtung
des totalitären Herrschaftssystems.
2. Aufl. Köln und Opladen 1962 |
| Brandis, Ernst | Die Ehegesetze von 1935. Berlin 1936 |
| Brettle | Ein Jahr Nichtigkeitsbeschwerde.
Deutsche Justiz 1941, 561 ff. |
| Broszat, Martin | Zur Perversion der Strafjustiz im
3. Reich. Vierteljahreshefte für
Zeitgeschichte Band 6 (1958), 390 ff. |
| Brückner | Der Müller-Arnold-Prozeß des Reichs-
gerichts. DRiZ 1951, 196 f. |
| Bull | "Seuchenträger vernichten. Deutsche
Justiz im Dienste der Partei".
"Die Zeit" Nr. 48 vom 1.12.1967, S.18 |
| Bullock, Alan | Hitler. Eine Studie über Tyrannei.
Düsseldorf 1961 |
| Churchill, Winston | Great Contemporaries. London and
Glasgow 1937 |
| Dahm, Georg | Der strafrechtliche Ehrenschatz
der Familie. JW 1936, 2497 f. |
| Dohna, Alexander Graf zu | Die Verwendung der Todesstrafe in
Deutschland seit 1933. MoSchrKrim
Psych. 1939, 479 ff. |
| Dietze | Der Volksgerichtshof. JW 1934, 1761
ff. |
| Engert | Stellung und Aufgaben des Volks-
gerichtshofes. DR 1939, 485 f. |
| Epstein | Shirers "Aufstieg und Fall des
Dritten Reiches". Vierteljahres-
hefte für Zeitgeschichte Band 10
(1962) S. 95 |
| Evers, Hans-Ulrich | Der Richter und das unsittliche
Gesetz. Berlin 1956 |
| Fraenkel, Ernst | The Dual State. A Contribution to
the Theory of Dictatorship.
New York 1941 |
| Frank, Hans | Im Angesicht des Galgens. München
1953 |
| Frank, Hans | Einheit der Rechtsidee. JW 1936,
1517 ff. |

Frank, Hans	Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gerechtigkeit. München 1935
Frank, Hans	Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. Berlin 1936
Frank, Hans	Nationalsozialistische Strafrechtspolitik. München 1938
Frank, Hans	Rechtsgrundlegung des nationalsozialistischen Führerstaates. München 1938.
Frank, Hans	Rechtsidee und Volksgemeinschaft. Deutsches Recht 1942, 865 ff.
Frank, Reinhard	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. Tübingen 1931
Freisler, Roland	Gedanken zur Technik des werdenden Strafrechts und seiner Tatbestände. ZStW 55, 503 ff.
Freisler, Roland	Gedanken zum Schutz der Bewegung im neuen Strafrecht. GA 80, 65 ff.
Freisler, Roland	Nichtigkeitsbeschwerde. Deutsche Justiz 1940, 341 f.
Freisler, Roland	Grundlegende Denkformen des Rechts im Wandel unserer Rechtserneuerung. Berlin 1941
Freisler, Roland	Deutsches Strafrecht 1935, 385 ff.
Freisler, Roland	Rechtserneuerung. Deutsche Justiz 1933, 589 ff.
Freisler, Roland	Der Volksrichter in der neuen deutschen Strafrechtspflege. Berlin 1937
Frick, Wilhelm	Partei und Staat. DJ 1934, 1517 f.
Friedrich, Carl-Joachim	Totalitäre Diktatur. Stuttgart 1957
Geiger, Willi	Von der Aufgabe und Bedrängnis des Richters. DRiZ 1959, 336 f.
Gerland, Heinrich	Nationalsozialistisches Strafrecht. DJ 1934, 224 ff.
Gleispach, Graf Wenzel von	Urteilanmerkung ZAKDR 1937, 182 f.

- Goldschmidt, James Gesetzesdämmerung. JW 1924, 245 ff.
- Göppinger, Horst Die Verfolgung der Juristen jüdischer Abstammung durch den Nationalsozialismus. Villingen 1963
- Goebbels, Josef Tagebücher aus den Jahren 1942/43. Mit anderen Dokumenten herausgegeben von Louis P. Lochner. Zürich 1948
- Gribbohm, Günter Der Volksgerichtshof. JuS 1969, 55 und 109
- Gribbohm, Günter Hitler und die Justiz. Zur Reichstagsrede vom 26.4.1942. DRiZ 1969, 393 f.
- Gruchmann Das Forschungsvorhaben "Die Justiz im Dritten Reich". Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte Band 11 (1963) 99 ff.
- Grunsky, Wolfgang Gesetzesauslegung durch die Zivilgerichte im Dritten Reich. Dargestellt an Hand der im DR 1939 Band 2, 1940 Band 1 enthaltenen Rechtsprechung. Kritische Justiz 1969, 146 ff.
- Güde, Max Justiz im Schatten von gestern. Hamburg 1959
- Gürtner, Franz Das kommende deutsche Strafrecht. Besonderer Teil. 2. Aufl. Berlin 1936
- Gürtner, Franz Richter und Rechtsanwalt im neuen Staat. Deutsche Justiz 1934, 369
- Gütt-Linden-Maßfeller Kommentar zum Blutschutz- und Erbgesundheitsgesetz. 1. Aufl. München 1936
- Gysin, Max Todesstrafe und todeswürdige Verbrechen im Schweizerischen Militärstrafrecht. Diss. Zürich 1953
- Die Haltung der deutschen Richterschaft Deutsche Hochschullehrer-Zeitung 1963, Heft 4, 21 ff.
- Hannover, Heinrich und Elisabeth Politische Justiz 1918 - 1933. Frankfurt 1966
- Hartung, Fritz Aus der Werkstatt des Reichsgerichts. SJZ 1949, 306 f.

Hartung, Fritz	Der "Badewannenfall". Eine Reminiszenz. JZ 1954, 430 f.
Hartung, Fritz	Jurist unter vier Reichen. Berlin 1971
Heck, Philipp	Das Urteil des Reichsgerichts über die Aufwertung von Hypotheken und die Grenzen der Richtermacht. AcP 122, 203 ff.
Heiber	Zur Justiz im Dritten Reich. Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte Band 3 (1955) 275 und Band 5 (1957) 134 und 279
Henderson, Nevil	Failure of a Mission. 1940
Henkel, Heinrich	Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt. Der deutsche Staat der Gegenwart, Heft 10, Hamburg 1934
Heuss, Theodor	Hitlers Weg. Eine Schrift aus dem Jahre 1932. Neu herausgegeben und mit einer Einleitung versehen von Bernhard Jäckel. Tübingen 1968
v. Hippel, Fritz	Die nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Warnung und Lehre. Tübingen 1946
v. Hippel, Fritz	Die Perversion von Rechtsordnungen. Tübingen 1955
Hitler, Adolf	Mein Kampf. 2 Bände, 28. Aufl. München 1933
Adolf Hitlers Reden	Herausgegeben von Ernst Boepple. München 1933
Hofer, Walther	Der Nationalsozialismus. Dokumente 1933 - 1945. Frankfurt 1957
Huber, Ernst Rudolf	Der Führer als Gesetzgeber. Deutsches Recht 1939, 275 ff.
Hueber	Justiz im Führerstaat. Deutsche Justiz 1942, 5 f.
Jäger, Herbert	Verbrechen unter totalitärer Herrschaft. Olten 1967
Jahrreiss	Plädoyer im Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem IMT. Nürnberg 1949 Bd. XVII, 499 ff.

- Johe, Werner Die gleichgeschaltete Justiz.
Frankfurt am Main 1967
- Justiz im In: Die Neue Ordnung in Kirche,
sogenannten 3. Reich Staat, Gesellschaft, Kultur.
Paderborn, 16. Jg. 1962, 448 ff.
- Kaul, Friedrich Karl Geschichte des Reichsgerichts.
Band IV. Glashütten 1971
- Kelsen, Hans The Nuremberg Trial: Landmark in
Law. Foreign Affairs 1947, 147 ff.
- Kelsen, Hans Hauptprobleme der Staatsrechtslehre.
2. Aufl. Tübingen 1923
- Kelsen, Hans "Will Nuremberg constitute a Prece-
dent?" The International Law
Quarterly 1947, 153 ff.
- Kennan, George F. Memoiren eines Diplomaten 1925 -
1950. 2. Aufl. Stuttgart 1968
- Kerrl, Hanns Nationalsozialistisches Strafrecht.
Denkschrift des Preußischen Justiz-
ministers. Berlin 1933
- Kirchheimer, Otto Politische Justiz. Verwendung ju-
ristischer Verfahrensmöglichkeiten
zu politischen Zwecken. Neuwied 1965
- Klee, Karl Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen
Rechtsleben. 5. Band, Berlin und
Leipzig 1929, 77
- Kohlrausch, Eduard Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen.
35. Aufl. Berlin 1940
- Kohlrausch, Eduard Rasseverrat im Ausland. ZAkDR 1938,
355 ff.
- Kramer, G.F. The Influence of National-Socialism
on the Courts of Justice and the
Police. In: The Third Reich. London
1955
- Kuhn Das Blutschutzgesetz in der straf-
rechtlichen Praxis. Deutsche Justiz
1936, 1005 ff.
- Lämmle Aus der Rechtsprechung des Volks-
gerichtshofes zum allgemeinen Teil
des StGB. Deutsches Recht 1944,
505

- Lantzke, Ursula Materielle Rechtsfehler als Wieder-
 aufnahmegrund? Zeitschrift für
 Rechtspolitik 1970, 201 ff.
- Lehmann, Günter Wissenschaftliche Leitung der Straf-
 rechtsprechung. Staatsverlag der
 DDR. Berlin 1968
- Leppin Um die Freiheit vertraulichen Ge-
 dankenaustauschs. JW 1937, 2886 ff.
- Lobe, Paul Fünfzig Jahre Reichsgericht.
 Berlin und Leipzig 1929
- Lösener-Knost Kommentar zu den Nürnberger Ge-
 setzen. 1. Aufl. Berlin 1936
- Marschall von Bieber- Vom Kampf des Rechtes gegen die
stein, Fritz Frh. von Gesetze. Stuttgart 1927
- Massfeller Das Reichsbürgergesetz und das Ge-
 setz zum Schutze des deutschen
 Blutes und der deutschen Ehre.
 JW 1935, 3417 ff.
- Matthiesen Zur Erklärung des Richtervereins
 beim Reichsgericht. DRiZ 1924, 42
- Mayer, Hellmuth Das Analogieverbot im gegenwärtigen
 deutschen Strafrecht. SJZ 1947,
 12 ff.
- Meyer, Georg Lehrbuch des Staatsrechts. Leipzig
 1895
- Mezger, Edmund Beleidigung durch Äußerung im eng-
 sten Familienkreis. JW 1937, 2329
 ff.
- Mezger, Edmund In: Hans Frank, Nationalsozialisti-
 sches Handbuch für Recht und Ge-
 setzgebung. München 1935, 1395
- Minear, H. Victors' Justice. The Tokyo War
 Crimes Trial. Princeton. 2nd.
 Ed. 1972
- Mittermaier, Wolfgang Über Analogie im Strafrecht.
 Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht
 63. Jg., 403 ff.
- v. Moltke Letzte Briefe aus dem Gefängnis
 Tegel. Berlin 1952
- Müller-Payer, Albert Die deutsche Sünde wider das Recht.
 Stuttgart 1947

- | | |
|-------------------------|--|
| Neidhard, Hans | Die heutige Lage der Justiz. DRiZ 1963, 209 ff. |
| Neidhard, Hans | Die Vorwürfe gegen die sogenannten "Nazi-Blutrichter". DRiZ 1960, 100 f. |
| Neusel, Werner | Höchststrichterliche Strafgerichtsbarkeit in der Republik von Weimar. Frankfurt 1972 |
| Niethammer | Fortdauernde Wirksamkeit der Entscheidungen des Reichsgerichts. DRiZ 1946, 11 |
| Niethammer | Ungeschriebenes Strafrecht. ZStW 55, 745 f. |
| Nürnberg Juristenurteil | Allgemeiner Teil. Herausgegeben vom Zentral-Justizamt für die Britische Zone. Hamburg 1948 |
| Oetker, Friedrich | Gedanken zur Reform des deutschen Strafrechts und Strafprozeßrechts. Gerichtssaal Bd. 104 (1934) 1 ff. |
| Patton | Krieg, Wie ich ihn erlebte. Bern 1950 |
| Peters, Karl | Das gesunde Volksempfinden. GA 82, 337 ff. |
| Peters, Karl | Das Gewissen des Richters und das Gesetz. In: Gegenwartsprobleme des Rechts, Heft 1, Paderborn 1950 |
| Peters, Karl | Die Umgestaltung des Strafrechts 1933 - 1945. In: Deutsches Geistesleben und Nationalsozialismus. Tübingen 1965, 160 ff. |
| Picker, Henry | Hitlers Tischgespräche im Führerhauptquartier 1941 - 1942. Im Auftrag des Verlags neu herausgegeben von P.E. Schramm. Stuttgart 1963 |
| Poliakov-Wulf | Das Dritte Reich und seine Denker. Berlin 1959 |
| Pompe, C.A. | Aggressive War an International Crime. Haag 1953 |
| Püschel | Der Niedergang des Rechts im Dritten Reich. Reutlingen 1947. |

Radbruch, Gustav	Gesetzliches Unrecht und über- gesetzliches Recht. SJZ 1946, 105 ff.
Radbruch, Gustav	Rechtsphilosophie. 3. Aufl. Leip- zig 1932
Radbruch, Gustav	Dem Reichsgericht. In: Die Justiz. Band V 1929/30, 1 f.
Radbruch, Gustav	Zur Diskussion über die Verbre- chen gegen die Menschlichkeit. SJZ 1947, 131 ff.
Radbruch, Gustav	Des Reichsjustizministeriums Ruhm und Ende. SJZ 1948, 57
Rauschnig	Gespräche mit Hitler. Zürich-Wien- New York 1940
Reichel, Hans	Gesetz und Richterspruch. Zürich 1915
Richter und Recht- sprechung im Dritten Reich	In: Deutsche Hochschullehrer-Zei- tung 1964, Heft 2, 20 ff.
Rothenberger, Hans	Die Stellung des Richters im Führerstaat. Deutsches Recht 1939, 831 ff.
Rothenberger, Hans	Der Deutsche Richter. Hamburg 1942
Rothfels, Hans	Die deutsche Opposition gegen Hitler. Krefeld 1949
Rümelin, Max	Gesetz, Rechtsprechung und Volks- betätigung auf dem Gebiet des Privatrechts. AcP 122, 265 ff.
Sandrock	Fünf Jahre reichsgerichtliche Rechtsprechung zum Blutschutzge- setz. DR 1940, 261 ff.
Schaffstein, Friedrich	Nationalsozialistisches Strafrecht. ZStW 53, 603 ff.
Schäfer, Ernst	Das Gesetz zur Abänderung straf- rechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933. DJZ 1933, 789 ff.
Schäfer, Ernst	Das große Sterben im Reichsgericht. DRiZ 1957, 249 f.
Schauwecker	Der Volksgerichtshof für das deutsche Reich. JW 1936, 1569 f.

- Sax, Walter Das strafrechtliche "Analogie-
verbot". Göttingen 1953
- Schick, F.B. The Nuremberg Trial and the Inter-
national Law of the Future. Ame-
rican Journal of International
Law. Vol. 41 (1947) 793 ff.
- Schinnerer Analogie und Rechtsschöpfung.
ZStW 55, 768 ff.
- v. Schlabrendorff Offiziere gegen Hitler. Zürich 1946
- Schmid, Richard Die Haltung der Richterschaft
im Spiegel bedeutsamer Strafpro-
zesse. In: Politische Strafpro-
zesse (Friedrich-Ebert-Stiftung)
2. Aufl. Hannover 1963, 55 ff.
- Schmid, Richard Einwände. Kritik an Gesetzen und
Gerichten. Stuttgart 1965
- Schmid, Richard Justiz im Dritten Reich. In:
"Die Zeit" 1965 Nr. 22 vom 28.5.
S. 30 und Nr. 23 vom 4.6. S. 30
- Schmidt, Eberhard Lehrkommentar zur Strafprozeß-
ordnung. Teil I. 2. Aufl. Götting-
en 1964
- Schmidt, Eberhard Einführung in die Geschichte der
deutschen Strafrechtspflege.
3. Aufl. Göttingen 1965
- Schmidt, Eberhard Gesetz und Richter. Wert und Un-
wert des Positivismus. Karlsruhe
1952
- Schmidt, Eberhard Die materiell-rechtlichen Entschei-
dungen des Reichskriegsgerichts.
Zeitschrift für Wehrrecht. 6. Bd.
308 ff.
- Schmitt, Carl Der Führer schützt das Recht.
DJZ 1934, 945 ff.
- Schorn, Hubert Die Gesetzgebung des National-
sozialismus als Mittel der Macht-
politik. Frankfurt am Main 1963
- Schorn, Hubert Der Richter im Dritten Reich.
Frankfurt am Main 1959
- Schwarz, Otto Die Rassenschande in der straf-
rechtlichen Praxis. DJZ 1936,
721 ff.

- Das Schwarze Korps Zeitung der Schutzstaffeln der
NSDAP Organ der Reichsführung SS.
Jg. 1933 - 1945. Standort Univer-
sitätsbibliothek Tübingen
- Schwinge, Erich Die deutsche Militärgerichtsbar-
keit im 2. Weltkrieg. DRiZ 1959,
350 ff.
- Schwinge, Erich Der Jurist und sein Beruf. Hamburg
1960
- Schwinge, Erich Der Jurist in der modernen Gesell-
schaft. Marburg 1964
- Schwinge, Erich Kommentar zum Militärstrafgesetz-
buch. 6. Aufl. Berlin 1944
- Schwinge-Siebert Das neue Untreuestrafrecht.
Berlin 1933
- Sharp, Andrew The British Press and Jews under
Nazi Rule. London 1964
- Shirer Aufstieg und Fall des 3. Reiches.
Köln-Berlin 1961
- Sigg, Marianne Das Rassestrafrecht in Deutschland
in den Jahren 1933 - 1945 unter
besonderer Berücksichtigung des
Blutschutzgesetzes. Züricher Bei-
träge zur Rechtswissenschaft. N.F.
Heft 170. Aalen 1951
- Sontag Das Organisationsverbrechen des
neuen deutschen Strafrechts. Schweiz.
Zeitschrift für Strafrecht 1949,
65 ff.
- Staff, Ilse Justiz im Dritten Reich. Frank-
furt 1964
- Steiniger-Leszynski Das Urteil im Juristenprozeß.
Berlin 1969. 109 ff.
- Stimson, Henry L. "The Nuremberg Trial. Landmark
in Law". Foreign Affairs 1947,
147 ff.
- Stuckart-Globke Kommentar zu den nationalsoziali-
stischen Rassegesetzen. 1. Aufl.
München 1936
- Thieme, Hans Justiz im Dritten Reich. JZ 1964,
526

Thierack	Fünf Jahre Volksgerichtshof. DJ 1939, 1185 f.
Thierack	Lebensnahe Rechtswissenschaft. Deutsches Recht 1943, 873 f.
Thoma, Richard	Handbuch des Deutschen Staats- rechts. Band II. Tübingen 1932, 108 ff.
Tobias, Fritz	Der Reichstagsbrand. Legende und Wirklichkeit. Rastatt 1962
Trials of War Criminals	Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Volume III, Washington 1951
Völkischer Beobachter	Süddeutsche Ausgabe 1933 - 1945. Standort: Bibliothek der Industrie- und Handelskammer Frankfurt/M.
Wachinger, Michael	Rechtsschöpferische Rechtsprechung des Reichsgerichts auf materiell- strafrechtlichem Gebiet. Festgabe für Erwin Bumke. Berlin 1939, 83 ff.
Wagner, Albrecht	Die Umgestaltung der Gerichts- verfassung und des Verfahrens- und Richterrechts im national- sozialistischen Staat. In: Die deutsche Justiz und der National- sozialismus. Band 1 Stuttgart 1968
Wagner	Braune Rechtsprechung. Die poli- tische Meinung. 6. Jg. 1961, Heft 67, 41
Weber, Hellmut von	Vom Sinn der Todesstrafe. ZAKDR 1940, 156 ff.
Weber, Hellmut von	Die Strafbarkeit der zur Umgehung des Gesetzes im Ausland begange- nen Tat. Gerichtssaal Bd. 114 (1940), 267 ff.
Weinkauff, Hermann (und Wagner, Albrecht)	Die deutsche Justiz und der Natio- nalsozialismus. Bd. 1 Teil 1. Stuttgart 1968
Welles, Sumner	Time for Decision. 1940
Woetzel, Robert K.	The Nuremberg Trials in Inter- national Law. 1960

Abkürzungsverzeichnis

Die Abkürzungen entsprechen den Vorschlägen des deutschen Juristentages.

A. Die Kritik an der Rechtsprechung der
Strafsenate des Reichsgerichts

Die Rechtsprechung der Strafsenate des Reichsgerichts ist seit vielen Jahren Angriffen ausgesetzt. Sie wollen kein Ende nehmen.

Mit den Angriffen, die sich gegen die "Höchststrichterliche Strafgerichtsbarkeit in der Republik von Weimar" richten, hat sich neuerdings (1972) Werner Neusel auseinandergesetzt. Er ist in einer gründlichen Überprüfung aller einschlägigen Urteile zu dem Ergebnis gelangt, daß die Angriffe unbegründet sind.

Eine entsprechend breit angelegte Untersuchung für die Zeit des Nationalsozialismus fehlt bisher. Nachfolgend soll versucht werden, diese Lücke im zeitgeschichtlichen Schrifttum zu schließen.

Da die bisherige Kritik durchweg auf Einzelfälle bzw. Einzelmaterien (Sittlichkeitsdelikte, politische Straftaten usw.) gestützt wurde, was notwendig zu einem unvollständigen und schiefen Bild führen mußte, hat sich der Verfasser bemüht, die einschlägige Judikatur so weit zu erfassen und in die Wertung einzubeziehen, daß bei allen Einzelfragen zumindest von einem repräsentativen Querschnitt die Rede sein kann. Daß man in Anbetracht der gewaltigen Geschäftslast, welche die Strafsenate des Reichsgerichts zu meistern hatten, für einen Zeitraum von zwölf bewegten Jahren ein abschließendes Urteil nicht gut auf drei, vier oder selbst ein Dutzend Urteile gründen kann, sollte eigentlich eine Selbstverständlichkeit sein. Es ist dies aber immer wieder geschehen. Es scheint deshalb an der Zeit, die Grundlage der Untersuchung so zu gestalten, daß Ergebnisse herauskommen, die wissenschaftlich stichhaltig sind.

Der Verfasser hat sich bemüht, allen erreichbaren Urteilen der Strafsenate aus der Zeit des Dritten Reichs nachzuspüren, und es ist ihm dabei gelungen, etwa 6 000

Entscheidungen ausfindig zu machen.

Insgesamt sind in der Zeit von 1933 - 1945 rund 35 000 Strafsachen zum Reichsgericht gelangt, von denen 15 000 als "offensichtlich unbegründet" sofortiger Zurückweisung verfielen. In rund 20 000 Fällen ergingen Urteile und Beschlüsse.¹⁾ Genauere Angaben sind nicht möglich. Das Bundesarchiv in Koblenz hat keine reichsgerichtlichen Akten in Besitz. Beim Deutschen Zentralarchiv in Potsdam befinden sich demgegenüber etwa 50 000 Aktenbände aus Leipzig. Der Großteil der Aktenbestände des Gerichtshofs fiel einem Bombenangriff zum Opfer.

1 456 der vom Verfasser überprüften Urteile sind in der Amtlichen Entscheidungssammlung abgedruckt (Band 67 - 77). Andere Entscheidungen kamen in der Fachpresse zum Abdruck, der überwiegende Teil in der "Juristischen Wochenschrift" (im April 1939 in der Zeitschrift "Deutsches Recht" aufgegangen), und der "Höchststrichterlichen Rechtsprechung" (1933 - 1942 erschienen), andere in der "Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht" und in "Goldtammers Archiv", das ab 1934 von Roland Freisler unter dem Titel "Deutsches Strafrecht" herausgegeben wurde.

Die nicht veröffentlichten Urteile der Strafsenate des Reichsgerichts waren dem Verfasser nur zum Teil zugänglich ²⁾.

Die rund 6 000 Urteile, die der Verfasser durchsehen konnte, sind zweifellos mehr als ausreichend, um einen repräsentativen Querschnitt möglich zu machen.

-
- 1) Die Zahlenangaben beruhen auf Berechnungen, die der Verfasser zusammen mit dem verstorbenen Reichsgerichtsrat Dr. Fritz Hartung vorgenommen hat. Sie stellen eine Korrektur der in SJZ 1949, 309 veröffentlichten Angaben dar.
 - 2) Reichsgerichtsrat Dr. Fritz Hartung besaß alle Entscheidungen des Dritten Strafsenats, die von 1933 - 1938 ergangen sind. Davon konnte der Verfasser 339, und zwar Urteile und Beschlüsse, einsehen.

Wenn man von einigen Aufsätzen oder Schriften absieht, deren Verfassern wenig Bedeutung beizumessen ist ¹⁾, so sind in der Zeit nach 1945 folgende Autoren mit kritischen Äußerungen hervorgetreten: Der einstige Stuttgarter Oberlandesgerichtspräsident Richard Schmid, der verstorbene Frankfurter Generalstaatsanwalt Fritz Bauer, die Frankfurter Dozentin Ilse Staff, die Rechtsanwälte Heinrich und Elisabeth Hannover aus Bremen und (neuestens) der bekannte Ost-Berliner Strafverteidiger Friedrich Karl Kaul. Mehr am Rande haben sich mit der Rechtsprechung der Strafsenate des Reichsgerichts in der Zeit des Dritten Reiches kritisch auch Max Hirschberg, Gotthard Jasper und Kübler befaßt.

Was ist es nun, was diese Autoren der Strafjustiz im Dritten Reich und insbesondere derjenigen der Strafsenate des Reichsgerichts vorzuwerfen haben? Es handelt sich um folgende Punkte:

1. Willfähigkeit gegenüber den nationalsozialistischen Machthabern. - Bei einigen Autoren stößt man immer wieder auf die Behauptung, die deutsche Justiz habe sich im Dritten Reich als willfähiges Werkzeug in den Händen der damaligen Machthaber erwiesen, und das Reichsgericht sei dabei führend vorangegangen.

a. In diesem Sinne hat sich vor allem Richard Schmid geäußert.

Seinen ersten umfassenden Angriff startete Schmid 1961 auf einer Tagung der Friedrich-Ebert-Stiftung. Das geschah dort in einem Vortrag, der den Titel "Die Haltung der Richterschaft im Spiegel bedeutsamer Strafprozesse" trug. ²⁾

1) Dazu gehört vor allem die Schrift von Albert Müller-Payer: "Die deutsche Sünde wider das Recht" (1947). Vom Reichsgericht behauptet dieser Autor pauschal, es habe die Veröhnung und Zersetzung des Rechtsgedankens "widerstandslos hingenommen".

2) Abgedruckt in der Veröffentlichung der Friedrich-Ebert-Stiftung: "Politische Strafprozesse". Hannover 1963 Seite 55 ff.

Während des Dritten Reichs, so behauptete Schmid, habe sich gezeigt, "dass die Zahl der Richter immer größer wurde, die den Machthabern bei der Anwendung der Gesetze zu Willen waren". ¹⁾ Die Todesurteile, welche der Volksgerichtshof und die Sondergerichte gefällt hätten, sprächen eine beredte Sprache.

Was das Reichsgericht angehe, so habe es den Instanzgerichten vorexerziert, wie man den Machthabern zu Willen sei: "Leider war es auch hier das Reichsgericht, das führend voranging."

Erneut hat sich Schmid mit der deutschen Justiz im allgemeinen und dem Reichsgericht im besonderen in seinem 1965 erschienenen Sammelwerk: "Einwände, Kritik an Gesetzen und Gerichten. Politische Justiz. Freiheitsstrafe. Grundrechte. Meinungsfreiheit" befaßt (S. 227 ff.). Wieder wird - ohne Einzelbelege - von "viel zu vielen Einzelfällen" gesprochen, in denen in gröbster Weise gegen den Rechtsgedanken verstoßen worden sei - von einem "großen Bestand", aus denen er einige dokumentierte Exempel vortrage (S. 228, 229). Dabei hätten die fraglichen Richter häufig aus "Unmenschlichkeit, Bösartigkeit und Aggressivität" gehandelt (S. 230). Tragfähiges Beweismaterial für diese schweren Unwerturteile fehlt.

In zwei Aufsätzen, die er am 28. Mai und 4. Juni 1965 in der Wochenzeitschrift "Die Zeit" veröffentlichte, hat Schmid seine Angriffe gegen die Justiz des Dritten Reiches fortgesetzt und verschärft. Er stellte darin die Behauptung auf, daß "das Unrecht fortschreitend in die Justiz eingedrungen, ja eingebrochen" und die Rechtsprechung zur willfähigen Sklavin der herrschenden politischen Mächte geworden sei, weil das Personal der deutschen Justiz "seiner Geschichte, seiner Konstitution und Moral, seinem herkömmlichen Verhältnis zur Macht nach zum Widerstand gegen eine

1) a.a.O. S. 70.

Staatsmacht des Unrechts und der Gewalttat unfähig war". Dem Reichsgericht insbesondere schreibt er "eine aktive Rolle" bei der Judenverfolgung zu. Seine Rechtsprechung bei Anwendung der Rassegesetze sei nämlich von "Willfährigkeit" und "Übereifer" geprägt gewesen. Was die politischen Strafsachen angehe, so habe das Reichsgericht sogar "den Wettbewerb mit dem Volksgerichtshof ... aufgenommen". Schließlich habe sich gezeigt, daß Richter und Staatsanwälte "in wachsendem Maß der Tendenz zur Unmenschlichkeit nachgaben und alte, scheinbar feste Grundsätze beiseite setzten". - Auch hier ist über Einzelfälle hinausreichendes, beweiskräftiges Material zu vermissen, das man bei so schwerem Tadel verlangen kann.

In seinem Vortrag auf der Tagung der Friedrich-Ebert-Stiftung hat Schmid erklärt, man werde gegen ihn natürlich sofort einwenden, daß es sich durchweg um Einzelfälle handle und daß Einzelfälle nichts für die Haltung der gesamten Richterschaft beweisen könnten. In einer Logik, die eigenartig berührt, und die man nicht gerade als zwingend bezeichnen kann, bemerkt er dazu:

"Ich halte diesen Einwand für falsch, für gar nicht schlüssig. Der Einzelfall hat Beweiskraft, mindestens in der Rechtspflege. Das ist eine der Folgen jenes hohen Anspruchs auf Allgemeingültigkeit, von dem ich oben gesprochen habe. Zudem läßt sich feststellen, daß die Fachorgane, die wissenschaftlichen und die standesmäßigen, mit ganz geringen Ausnahmen, jene Einzelfälle und die ihnen zugrunde liegende Gesinnung gedeckt haben".

An die Überzeugungskraft dieser Ausführungen hat Schmid wohl selbst nicht ganz geglaubt, denn er fährt fort, er könne Beispiele, vor allem aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts, "in noch viel größerer Zahl bringen". Diese Beispiele stehen bis zum heutigen Tage leider aus. Das Reichsgericht hat - wie eingangs dargelegt - in der Zeit von 1933 bis 1945 etwa 35 000 Strafsachen entschieden; in 20 000

Fällen sind dabei Urteile und Beschlüsse ergangen (in den übrigen 15 000 Fällen wurde die Revision als "offensichtlich unbegründet" zurückgewiesen). Wenn eine so gewaltige Zahl von Entscheidungen vorliegt, kann man ein Verdammungsurteil gegen einen Gerichtshof nicht gut auf einige wenige Urteile gründen.

b. Den Kritikern des Reichsgerichts hat sich 1961 auch Fritz Bauer, der einstige Frankfurter Generalstaatsanwalt, zugesellt. Auf einer Tagung der "Kirchlichen Bruderschaft in Hessen und Nassau", die Anfang November 1961 in Frankfurt stattfand, behauptete er, der "sture Gesetzespositivismus", dem das Reichsgericht allezeit gehuldigt habe, sei für alle unerfreulichen Erscheinungen im Rechtsleben der Jahre 1933 bis 1945 verantwortlich zu machen.¹⁾ Wörtlich war aus seinem Munde zu vernehmen:

"Der Gesetzgeber ist selbstherrlich, erklärte das Reichsgericht, so daß sogar die Gemeinden, 'ganz nach ihrem unberechenbaren Ermessen, je nach Willkür, Anordnungen erlassen können'. Nach dem Kammergericht ist der 'Staat als höchste Rechtsmacht rechtlich an keine Schranken gebunden'. Damit war Auschwitz von vornherein legalisiert..."

Es fällt auf, mit welcher Unbeschwertheit und Leichtfertigkeit eine Verbindung zwischen dem Obersten Gerichtshof unseres Landes und den Untaten von Auschwitz hergestellt wird.

In einer 1965 erschienenen Dokumentation über das Thema: "Widerstand gegen die Staatsgewalt" hat Bauer das Reichsgericht erneut in Zusammenhang mit den nationalsozialistischen Vernichtungsanlagen gebracht (er spricht wörtlich vom "Richtertisch des Reichsgerichts!"), und zwar in Verbindung mit der Lehre, daß der Staat alles und jedes anordnen dürfe. "Gesetz ist Gesetz", sagte er, "und Befehl ist Befehl. So wurde der Weg nach Auschwitz, Treblinka und Buchenwald, zu den Nürnberger Gesetzen und der Polen-

1) "Widerstandsrecht und Widerstandspflicht des Staatsbürgers", Frankfurt 1962 S. 41 ff., insbes. S. 50.

strafrechtsverordnung geordnet". - Auch hier fehlt für das Reichsgericht jeder Beweis.

c. Die Angriffe, die Richard Schmid und Fritz Bauer gegen die Justiz im allgemeinen und das Reichsgericht im besonderen erhoben hatten, setzte die Frankfurter Dozentin Ilse Staff fort. Sie veröffentlichte im Jahre 1964 eine Dokumentation: "Justiz im Dritten Reich" und befaßte sich darin mit allen Bereichen des Rechtslebens - der Gesetzgebung, der Rechtswissenschaft, der Justiz und der Anwaltschaft.

Wenn man dieser Autorin Glauben schenken dürfte, so wäre die Rechtsprechung des Reichsgerichts samt und sonders nationalsozialistisch infiziert gewesen. Interessanterweise führt auch Ilse Staff für ihre Behauptung nur wenige Urteile an. Sie verweist ¹⁾ auf Entscheidungen zum Begriff der "Rassenschande" (den Beschluß des Großen Senats für Strafsachen vom 9. 12. 1936, RGSt. 70, 375 ff., und das Urteil RGSt. 71, 4 ff.), außerdem auf einen Beschluß des 1. Strafsenats aus dem Jahre 1944 in Sachen eines Polen, der auf Nichtigkeitsbeschwerde hin ergangen war. Es sind also wiederum nur ganz wenige Entscheidungen, die gegen das Reichsgericht ins Feld geführt werden.

Nun behauptet Ilse Staff allerdings, mittels außerordentlichen Einspruchs und mittels Nichtigkeitsbeschwerde seien rechtskräftige Urteile in Strafsachen durch das Reichsgericht zum Zwecke der "Verschärfung" in unzähligen Fällen abgeändert worden. ²⁾ Ob das richtig ist, insbesondere wirklich von "unzähligen Fällen" die Rede sein kann, wird später zu prüfen sein.

d. Den unter a. bis c. behandelten Kritikern des Reichs-

1) a.a.O. S. 210 f., S. 236.

2) a.a.O. S. 226.

gerichts hat sich neuestens Friedrich Karl Kaul angeschlossen. In seiner "Geschichte des Reichsgerichts" Bd. IV (Glas-
hütten 1971) hat Kaul behauptet, in der Zeit von 1933 bis
1945 habe das Reichsgericht "vorbehaltlos und konsequent ...
hinter den Nazitaten gestanden" und zur "Festigung des
nazistischen Diktatorsystems" wesentlich beigetragen.¹⁾
Aus den Jahren nach 1933 gebe es "nicht eine Entscheidung
des Reichsgerichts, die auch nur andeutungsweise das ge-
ringste Bedenken gegen Ungeist und Herrschaftswillen der
Nazidiktatur erkennen läßt".²⁾ Der Gerichtshof habe nach
1933 "die nazistische Phraseologie von 'Volksgemeinschaft'
und 'Gefolgschaftstreue' zu verbindlichen Elementen seiner
Spruchpraxis" gemacht.³⁾ Durch "betont extensive Interpre-
tation" habe er die Tatbestände der "nazistischen Gesetze"
noch erweitert, den umrissenen Täterkreis vergrößert und
den örtlichen Geltungsbereich ausgedehnt.⁴⁾ Jedenfalls sei
binnen kurzem "die vollständige Integration des Reichsge-
richts in das nazistische System Tatsache geworden".⁵⁾

2. Terroristische Überspannung einzelner Tatbestände
bzw. Tatbestandsgruppen. - Nicht selten beschränken
sich die Kritiker des Reichsgerichts auf pauschale Unwert-
urteile. Die Beweiskraft solcher allgemeiner Urteile ist
naturgemäß außerordentlich begrenzt. Andere versuchen,
ihre Behauptungen durch den Hinweis auf die Stellungnahme
der Strafsenate zu konkreten Tatbeständen oder Tatbestands-
gruppen zu stützen. Hier werden nun folgende Vorwürfe er-
hoben:

a. Der Begriff des Geschlechtsverkehrs im Sinne der
Blutschutzgesetze sei über alle Gebühr erweitert worden
(durch den Beschluß des Großen Senats vom 9.12.1936, RGSt.
70, 375 ff.). Dadurch habe sich der Gerichtshof aktiv in

1) a.a.O. S. 13 u. 64.

2) a.a.O. S. 13

3) a.a.O. S. 13

4) a.a.O. S. 25

5) a.a.O. S. 240

die Judenverfolgungen eingeschaltet.¹⁾

b. Das Reichsgericht habe dem Verbot der Nichtrückwirkung von Strafgesetzen zuwider gehandelt und dadurch eine 150-jährige Tradition verletzt.²⁾

c. Das Reichsgericht habe die Aufhebung des Analogieverbots dazu mißbraucht, zahlreiche bisher straflose Verhaltensweisen zu poenalisieren.³⁾

d. Bei den Tatbeständen der Wehrkraftzersetzung, der Heimtücke und des Hochverrats habe das Reichsgericht den Begriff der "Öffentlichkeit" geradezu in skandalöser Weise überspannt.⁴⁾

e. Die neugeschaffene Nichtigkeitsbeschwerde sei systematisch zur Aufhebung als zu mild empfundener Urteile mißbraucht worden.⁵⁾

f. Auch das Urteil im Reichstagsbrandprozeß - oft zugunsten des Reichsgerichts angeführt - könne nicht befriedigen.⁶⁾

Was von diesen Vorwürfen zu halten ist, wird nachfolgend untersucht werden. Bevor das geschieht, ist eine wichtige Feststellung angebracht, die nämlich, daß eine Reihe von Autoren, die mit der Justiz des Dritten Reiches scharf ins Gericht gegangen sind, das Reichsgericht unbeanstandet gelassen haben.

1) Dieser Vorwurf wird erhoben von Richard Schmid, Ilse Staff und Friedrich Karl Kaul.

2) Dieser Vorwurf wird erhoben von Schmid und Kaul.

3) Dieser Vorwurf wird erhoben von Schmid und Kaul.

4) So Schmid a.a.O.

5) So Schmid, Ilse Staff und Kaul a.a.O.

6) Kritisch darüber Schmid a.a.O. und Kaul a.a.O.

Das gilt beispielsweise für die Verfasser des Nürnberger Juristenurteils vom 3. und 4. Dezember 1947.¹⁾ Das in diesem Fall tätig gewordene amerikanische Gericht hatte es mit 16 Angeklagten zu tun - drei ehemaligen Staatssekretären, sechs leitenden Beamten des früheren Reichsjustizministeriums, dem ehemaligen Oberreichsanwalt und zwei Reichsanwälten beim Volksgerichtshof, einem Senatspräsidenten und einem Laienrichter vom Volksgerichtshof, schließlich zwei Richtern von den Sondergerichten in Stuttgart und Nürnberg. Richter vom Reichsgericht waren nicht darunter.

In der fast genau neun Monate dauernden Verhandlung (vom 5. März - 4. Dezember 1947) wurde die gesamte Justiz durchleuchtet. Dabei wurden nicht weniger als 138 Zeugen gehört und 2093 Urkunden überreicht. Wie ablehnend die amerikanischen Richter dem deutschen Juristenstand gegenüber standen, geht aus einigen Bemerkungen hervor, die eine starke Voreingenommenheit erkennen lassen. Im Anschluß an die Behauptung, unter der Autorität des Reichsjustizministeriums "und mit Hilfe der Gerichte" sei "ein System der Grausamkeit und Ungerechtigkeit" über das Land verbreitet worden, heißt es in einer Fassung, die mancher eher in einem Roman, denn in einem Urteil vermuten würde: "Der Dolch des Mörders war unter der Robe des Juristen verborgen".²⁾

An anderer Stelle wird (wiederum pauschal) behauptet³⁾, "das gesamte Rechtssystem" sei in "ein Werkzeug zur Verbreitung nationalsozialistischer Ideologie, zur Ausrottung

1) Der Allgemeine Teil dieses Urteils ist abgedruckt in einer 1948 erschienenen Sonderveröffentlichung des Zentral-Justizblatts für die Britische Zone. Den vollständigen Text findet man bei Steiniger - Leszynski, Fall 3, Das Urteil im Juristenprozeß, Berlin 1949, S. 109 ff.

2) "Fall 3", zu Seite 137.

3) a.a.O. S. 139 ff.

jeder dagegen bestehenden Opposition, sowie zur Förderung von Plänen für einen Angriffskrieg und für die Welteroberung umgewandelt worden"! Daraus muß der Leser schließen, daß die deutsche Richterschaft - in ihrer Gesamtheit - sich bereitwillig habe korrumpieren lassen, zumal gleich im Anschluß an diese Bemerkung behauptet wird, die Gerichte seien durch die Reichsjustizverwaltung "für terroristische Funktionen zur Unterstützung des Nazi-Regimes" ausgerüstet worden. Nähere Angaben fehlen.

Was für die vorliegende Untersuchung von Bedeutung ist, das ist der Umstand, daß nirgendwo das Reichsgericht erwähnt wird. In der Anklageschrift wird nicht ein einziges Urteil dieses Gerichtshofs erwähnt, und in der viele Seiten umfassenden Begründung des amerikanischen Juristen-Urteils wird nur auf eine Entscheidung des "Besonderen Strafsenats" hingewiesen, der - wie später dargelegt werden wird - seiner eigenartigen Zusammensetzung wegen (die beiden von Hitler ernannten Mitglieder gehörten dem Reichsgericht nicht an) dem Reichsgericht nur bedingt zugerechnet werden kann. Dabei handelt es sich um das später noch zu erwähnende Urteil gegen den Bautechniker Ewald Schlitt aus Wilhelms-
haven, das auf Drängen Hitlers vor den "Besonderen Senat" gebracht und dort kassiert wurde. Die auf 10 Jahre Zuchthaus lautende Strafe wurde damals aufgehoben und durch Verurteilung zum Tode ersetzt. Dieses Urteil ist gewiß nicht zu rechtfertigen, in dem amerikanischen Urteil wird deshalb der Gerichtshof aber nicht angegriffen.

Die Tatsache, daß in der monatelang dauernden Verhandlung kein einziges kritisches Wort gegen das Reichsgericht gefallen ist, spricht für sich selbst.

In dem Schrifttum, das die Justiz im Dritten Reich zum Gegenstand kritischer Analysen gemacht hat, wird das Reichsgericht ebenfalls weithin nicht erwähnt.

Dies fällt beispielsweise an den Publikationen von Fritz von Hippel auf, der sich in zwei seinerzeit viel beachteten Publikationen - "Die nationalsozialistische

Herrschaftsordnung als Warnung und Lehre", Tübingen 1946 und "Die Perversion von Rechtsordnungen", Tübingen 1955 - als einer der ersten kritisch mit der Haltung der deutschen Juristen im Dritten Reich auseinandergesetzt hat.

Als besonders verhängnisvoll hat Fritz von Hippel die Aushöhlung des Grundsatzes der Legalität bezeichnet, der "letzten Endes einfach gleichbedeutend geworden ist mit dem Ausspruch des Führers, daß man ihm und seinen jeweiligen Einfällen und Anordnungen in allen Stücken augenblicklich blind vertraue und gehorche".¹⁾ Er unterläßt es aber, in seiner Schrift vom Jahre 1946 die Auswirkungen dieser Entwicklung auf die Justiz zu untersuchen und daran Werturteile zu knüpfen. Das Reichsgericht wird bei ihm mit keinem einzigen Wort erwähnt.

Nicht anders verhält es sich mit Fritz von Hippel's Buch: "Die Perversion von Rechtsordnungen" (1955). Er leuchtet darin mit schonungsloser Kritik in alle Ecken und Winkel der Justiz des Dritten Reiches hinein, sieht aber keine Veranlassung, sich mit dem Reichsgericht zu befassen. Auch diese Tatsache sollte zu denken geben.

Interessant ist, daß auch das in mehr als einer halben Million Exemplaren verbreitete bekannte Dokumentarwerk über die Zeit des Dritten Reiches, das Buch des Schweizer Historikers Walther Hofer ("Der Nationalsozialismus. Dokumente 1933 - 1945"), nicht einen einzigen Vorwurf gegen das Deutsche Reichsgericht enthält. Der Verfasser spricht zwar von "absoluter Rechtlosigkeit des Individuums" in der Zeit der Hitlerdiktatur (S. 44), er ist weiter der Meinung, daß Deutschland seit dem Gesetz, das die Morde vom 30. Juni und 1. Juli 1934 als "Staatsnotwehr" für Rechtens erklärt worden seien, aufgehört habe, ein Rechtsstaat zu sein (S. 49),

1) Die nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Warnung und Lehre. S. 8

er konstatiert die totale Rechtlosigkeit der Juden, er spricht von einer Kodifizierung und Legalisierung der Willkür und des Unrechts (S. 77), er bezeichnet den 1934 geschaffenen Volksgerichtshof als "schreckliches Symbol der Willkürjustiz" (S. 77) - vom Reichsgericht ist aber nur an einer einzigen Stelle die Rede. Auf Seite 103 seines Buches gibt er den Wortlaut eines Urteils des Reichsgerichts wieder, durch das das Verbot der Adventisten-Sekte bestätigt worden war, nimmt aber nicht dazu Stellung.

Interessanterweise wird auch in dem Dokumentarwerk von Poliakov und Wulf ("Das Dritte Reich und seine Denker") das Reichsgericht nicht erwähnt. Auch in der Hitler-Biographie von Alan Bullock findet sich kein Wort darüber. Bemerkenswert ist schließlich, daß sich auch William L. Shirer in seinem über die ganze Welt verbreiteten Buch: "Aufstieg und Fall des Dritten Reiches" (deutsche Übersetzung Köln 1961) nicht ungünstig über das Reichsgericht äußert. Für die Haltung des Gerichtshofs im Reichstagsbrandprozeß findet er im Gegenteil sogar ein Wort der Anerkennung.

Wenn die Spruchstätigkeit des Reichsgerichts in der Zeit von 1933 bis 1945 wirklich so anstoßerregend gewesen wäre, wie es von Richard Schmid, Fritz Bauer, Ilse Staff und Friedrich Karl Kaul behauptet worden ist, so wäre das mit Sicherheit auch in den zuletzt genannten Publikationen zum Ausdruck gekommen.

Wie leicht es sich die Kritiker des Reichsgerichts gemacht und wie oberflächlich sie zum Teil gearbeitet haben, sei an einigen charakteristischen Beispielen erläutert:

Fritz Bauer hat sich auf Pauschalurteile beschränkt, die mangels konkreter Fundierung garnichts beweisen.

Bei Richard Schmid stößt man auf Irrtümer, über die man sich bei einem solchen Autor wundern muß. Sie sind schon

von anderer Seite festgestellt worden.¹⁾ Von dem Generalobersten von Seeckt spricht er als dem "Oberkommandierenden" der Reichswehr;²⁾ richtig ist, daß der Reichspräsident Oberbefehlshaber der Reichswehr war (Art. 47 Weimarer RVerf.). Mehrfach ist bei Schmid von einem Reichsanwalt namens "Joms" die Rede, der später der erste Präsident des Volksgerichtshofs geworden sei³⁾; in Wahrheit hieß dieser Reichsanwalt "J o r n s", und er war nie Richter am VGH, gehörte vielmehr der Reichsanwaltschaft beim Volksgerichtshof an⁴⁾. Dem Generalobersten von Seeckt sagt Schmid nach, er habe sich während des Kapp-Putsches des Hochverrats schuldig gemacht; der Oberreichsanwalt habe nur nicht gewagt, ihn anzuklagen. Den Beweis dafür ist Schmid schuldig geblieben. 1959 hat der Amerikaner Harold J. Gordon ein Buch über "Die Reichswehr und die Weimarer Republik" veröffentlicht, in dem er sich nach eingehender Prüfung der Sachlage die Hochverrattsthesen nicht zu eigen macht. Wer eine so schwerwiegende Behauptung aufstellt, ist verpflichtet, sie vorher und in allen Einzelheiten zu prüfen. Das hat Schmid nicht getan.

Bei Ilse Staff stößt man auf höchst eigenartige Vorstellungen über die ideellen Grundlagen des Nationalsozialismus. Unter der Kapitel-Überschrift "Rechtstheoretische Quellen des Nationalsozialismus" werden zur Überraschung des Lesers u.a. Georg Jellinek und Erich Kaufmann genannt. Der Freiburger Rechtshistoriker Hans Thiene hat der Autorin in einer Rezension ihrer Schrift⁵⁾ vorgehalten, er sei überzeugt, daß kein einziger Nationalsozialist seine Rechts-

1) In dem Aufsatz: "Die Haltung der Deutschen Richterschaft", Deutsche Hochschullehrer-Zeitung 1963 S. 21 ff.

2) Politische Strafprozesse a.a.O. S. 57.

3) Politische Strafprozesse a.a.O. S. 67.

4) Ein ähnlicher Fehler ist Schmid in seinem Buch "Einwände" unterlaufen. In einem Gedächtnisartikel zu Ehren des Arbeitsrechtlers Sinzheimer spricht er dauernd von Sinzheimer (das wurde schon in der F.A.Z. gerügt). Dies auch vorher schon in Politische Strafprozesse S. 68 oben.

5) JZ 1964, S. 526 f.

theorie von diesen beiden Gelehrten bezogen habe¹⁾. Tatsächlich werden bei Ilse Staff in einem Atemzug mit Roland Freisler Gelehrte wie Gerhard Anschütz, Georg Jellinek und Erich Kaufmann genannt. Georg Jellinek war laut "Herders Staatslexikon" Sohn eines Rabbiners und auch Erich Kaufmann jüdischer Abstammung. Diese also sollen die rechtstheoretischen Grundlagen für den Nationalsozialismus geliefert haben! Das ist mit Sicherheit gänzlich abwegig. Bestimmt gehört auch Gerhard Anschütz nicht in diesen Zusammenhang.

Das Urteil, das Hans Thieme über die Veröffentlichung von Ilse Staff gefällt hat - sie war seiner Meinung nach "ihrer Aufgabe nicht gewachsen" -, hat Eberhard Schmidt bestätigt. In Teil I seines Lehrkommentars zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz (2. Auflage 1964 S. 280) sagt er:

"Die in der Fischer-Bücherei von Ilse Staff herausgegebene Dokumentation 'Justiz im Dritten Reich' (1964) bringt nur eine Zusammenstellung negativer Erscheinungen und übergeht alles, was an höchst positiven Leistungen der Justiz während der ganzen Hitler-Zeit zu verzeichnen ist. Auf diese Weise entsteht ein historisch falsches Bild, dies um so mehr, als die geistesgeschichtliche Bewegung, die um die Begriffe 'Recht' und 'Gesetz' um die Jahrhundertwende eingesetzt hat, gänzlich mißverstanden worden ist. Es ist Verzerrung, wenn Schriften von Erich Kaufmann, Georg Jellinek, Gerhard Anschütz aus der Zeit vor dem ersten Weltkrieg zu den 'rechtstheoretischen Quellen des Nationalsozialismus' gerechnet werden".

1) Auf diese Ungereimtheit wurde auch in dem Aufsatz: "Richter und Rechtsprechung im Dritten Reich", Deutsche Hochschullehrer-Zeitung 1964, S. 20 ff. hingewiesen.

B. Die Strafsenate des Reichsgerichts
in der Zeit des Nationalsozialismus

I. Der Vorwurf der Willfähigkeit

Wie es im Grunde nicht anders sein konnte, haben die Strafsenate des Reichsgerichts in der Zeit zwischen 1933 und 1945 einige Urteile gefällt, die man ihnen mit Recht zum Vorwurf macht. Zu denken ist hier insbesondere an den Beschluß des Großen Strafsenats vom 9. Dezember 1936 (RGSt. 70, 375 ff.), durch den der Begriff des Geschlechtsverkehrs im Sinne des Blutschutzgesetzes eine Erweiterung erfuhr, die manchem Staatsbürger jüdischer Abstammung zum Verhängnis geworden ist. Zu denken wäre etwa auch an den Fall Schlitt, bei dem das Reichsgericht dem Druck auf Aufhebung des ergangenen Urteils stattgegeben hat, mit der Folge, daß Schlitt zum Tode verurteilt und hingerichtet wurde.

Wenn man um die Feststellung nicht herumkommt, daß einiges geschehen ist, was nicht gebilligt werden kann, so muß doch zugleich mit Nachdruck betont werden, daß es sich um Einzelfälle gehandelt hat, die bei der gewaltigen Zahl von Urteilen nicht entscheidend ins Gewicht fallen können. Auf solche Einzelfälle läßt sich jedenfalls nicht die Behauptung stützen, daß die Richter am Reichsgericht generell den nationalsozialistischen Machthabern zu Willen gewesen wären und sich als willenlose Werkzeuge hätten mißbrauchen lassen. Zahlreiche andere Urteile beweisen das.

Dem gewaltigen Druck, der auf ihnen lastete, sind Richter mitunter erlegen. Beim Reichsgericht ist dies aber seltener geschehen als bei den Instanzgerichten. Man muß es den Richtern beim Reichsgericht sogar positiv anrechnen, daß es so selten geschehen ist. Es hätte gut auch anders sein können. Denn wie war die Lage?

1. Die Lage des Richters in der Diktatur im allgemeinen

In diktatorischen Regimen fordern die Machthaber von der Justiz, daß in ihr im Sinne der herrschenden Ideologie entschieden wird. Gegenüber dieser Forderung hat alles andere zurückzutreten.

In der DDR hat Günter Lehmann 1968 unter dem Titel: "Wissenschaftliche Leitung der Strafrechtsprechung" ein aufsehenerregendes Buch veröffentlicht¹⁾, in dem gezeigt wird, was in einer "Volksdemokratie" vom Strafrichter verlangt wird und welche Lenkungs- und Kontrollmaßnahmen dazu bestimmt sind, die Organe der Strafjustiz in die gewünschte Richtung zu bringen.

Nachdem durch einen Erlaß des Staatsrats der DDR vom 4. April 1963 die grundsätzlichen Aufgaben und die Arbeitsweise der Organe der Rechtspflege umrissen worden waren, sind die in dem Erlaß enthaltenen Richtlinien konkretisiert und präzisiert worden, und Lehmann darf das Verdienst für sich in Anspruch nehmen, die jenseits des Eisernen Vorhangs geltenden Grundsätze für Leitung und Steuerung der Strafjustiz zum ersten Mal systematisch verarbeitet zu haben.

Der Strafjustiz wird in diesem System klar die Aufgabe gestellt, an der Entfaltung der sozialistischen Gesellschaftsordnung tatkräftig mitzuwirken und einen Beitrag zur ideologischen Durchdringung der Massen zu leisten. Der Strafrichter, so heißt es, dürfe nie vergessen, daß er ein wichtiges Instrument bei Umgestaltung der gesellschaftlichen Wirklichkeit im Sinne eines Sozialismus marxistisch-leninistischer Prägung sei.

"Die sozialistische Strafrechtsprechung", heißt es sehr charakteristisch bei Lehmann²⁾, ist also Bestandteil der Leitung des Erziehungs- und Selbsterziehungsprozesses der werktätigen Menschen zum sozialistischen Bewußtsein - insbesondere zum sozialistischen Staats- und Rechtsbewußt-

1) Staatsverlag der DDR. Berlin 1968

2) Lehmann a.a.O. S. 24.

sein - an einem der kompliziertesten Abschnitte des politisch-ideologischen Kampfes gegen die bürgerliche Ideologie in ihren negativsten Ausdrucksformen. Sie wirkt über die Veränderung des Bewußtseins des Menschen auf die Veränderung seiner gesellschaftlichen Praxis, stellt ihm Aufgaben zu gesellschaftlich richtigem Handeln und fördert so den Prozeß seiner Persönlichkeitsentwicklung im Prozeß der aktiven Gestaltung seiner eigenen gesellschaftlichen Beziehungen".

Die oberste Leitung der Rechtsprechung ist in der DDR dem Obersten Gericht anvertraut. Die unteren Gerichte stehen in einem direkten Unterstellungsverhältnis zum Obersten Gericht¹⁾. Sie sind weisungsgebunden und "rechenschaftspflichtig für eine gesetzliche, gerechte und gesellschaftlich wirksame Strafrechtsprechung".²⁾ Die unteren Gerichte sind sogar in Fragen der Auslegung gebunden: "Die Einheitlichkeit der Strafrechtsprechung erfordert vom Obersten Gericht, systematisch daran zu arbeiten, exakte Auslegungsregeln zu finden sowie ihre Einhaltung durchzusetzen und zu kontrollieren".

Durch dieses ausgeklügelte System der Lenkung und Steuerung der gesamten Strafjustiz und die damit verbundenen weitreichenden Eingriffsmöglichkeiten ist das, was das Dritte Reich an entsprechenden Maßnahmen entwickelt hat, weit übertroffen worden.

Wie sich die Lage in der Sowjetunion darstellt, ist im Jahre 1972 in einem Aufsatz über "Die Leninschen Grundlagen der Leitung der Gerichte durch Partei" programmatisch entwickelt worden (Sovetskaja justicija, Jg. 1972 Heft 8)³⁾. Darin wird betont, der in der Verfassung verankerte Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit schließe eine poli-

1) a.a.O. S. 75.

2) a.a.O. S. 76.

3) Der Inhalt dieses Aufsatzes wird wiedergegeben in der Österreichischen Richterzeitung 1972 S. 163 (s.a. DRiZ 1973, 28).

tische Einwirkung auf die Spruchstätigkeit der Gerichte nicht nur nicht aus, sondern mache sie geradezu erforderlich. Die Rechtspflege lasse sich von der Politik nicht trennen, sie sei vielmehr als Vollzugsorgan in die Politik eingegliedert. Eben darum hätten sich die Richter in ihrer gesamten Arbeit an den allgemeinen Direktiven der Partei, namentlich an den auf Parteitage und Versammlungen der örtlichen Parteikomitees beschlossenen Richtlinien und Weisungen zu orientieren. Diese Direktiven seien für sie Mittel authentischer Interpretation.

Die Richter hätten bei der Anwendung der Gesetze, so hieß es weiter, allezeit die politische Bedeutung der Rechtsstreitigkeit zu beachten. Sie seien mit dazu berufen, einen neuen, dem Sozialismus ergebenden und nach den Grundsätzen der kommunistischen Moral lebenden Menschen zu bilden. Sie könnten daher auch niemals einer über den Parteien und Klassen stehenden Rechtslehre dienen. Die Verwirklichung der Politik der Kommunistischen Partei sei ihre Aufgabe. Der Jurist sei politischer Funktionär, "dem es in erster Linie obliege, den Sozialismus im Lande aufzubauen und die revolutionären Errungenschaften zu verteidigen".

Die Forderungen, die an den deutschen Richter während der Zeit des Nationalsozialismus gestellt worden sind, gleichen dem beinahe auf das Haar. Wird vom sowjetischen Richter verlangt, daß er sich an die allgemeinen Direktiven der Kommunistischen Partei, die Grundsätze der kommunistischen Moral und die Gesetze des Sozialismus zu halten habe, so hieß es in den "Leitsätzen über Stellung und Aufgaben des Richters" vom 14. Januar 1936¹⁾ (Ziffer 2):

"Grundlage der Auslegung aller Rechtsquellen ist die nationalsozialistische Weltanschauung, wie sie insbesondere in den Parteiprogrammen und den Äußerungen unseres Führers zum Ausdruck kommt".

1) abgedruckt bei Hermann Weinkauff: Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus. Ein Überblick. Stuttgart 1968, S. 73.

Und wird dem sowjetischen Richter eingeschärft, daß er seinen Platz nicht über den Parteien und Klassen einzunehmen, sondern sich allezeit als Organ der kommunistischen Staatsführung zu fühlen habe, so wurde dem nationalsozialistischen Justizorgan gelehrt, daß es Gehilfe der Staatsführung sei (Ziffer 1 der Leitsätze):

"Es ist nicht seine Aufgabe, einer über der Volksgemeinschaft stehenden Rechtsordnung zur Anwendung zu verhelfen oder allgemeine Wertvorstellungen durchzusetzen".

Daß die Rechtspflege eine politische Funktion habe, der bis in jede Einzelentscheidung Rechnung zu tragen sei, daß sie sich bedingungslos in das bestehende Herrschaftssystem einzufügen habe, wurde dem nationalsozialistischen Richter genau ebenso eingehämmert, wie heute noch dem sowjetischen Richter, und das geschah und geschieht beinahe mit denselben Worten.

2. Ist die Gleichschaltung der Richterschaft gelungen?

Ist es nun tatsächlich so, daß die deutschen Richter zu willfährigen Helfershelfern der nationalsozialistischen Machthaber geworden sind? Haben sie sich wirklich - wie manchmal behauptet wird - in durchgreifender Ideologisierung zu Instrumenten nationalsozialistischer Willkür degradieren lassen?

Wenn man das vorliegende Material unvoreingenommen prüft, wird man feststellen müssen, daß sich die deutsche Richterschaft in ihrer großen Mehrheit nicht hat versklaven lassen, und daß das vor allem für die Richter am Reichsgericht gilt. Die von den Stellen der Partei für notwendig gehaltene und unaufhörlich propagierte ideologische Gleichschaltung gelang einfach nicht.

Wer die Entwicklung genau beobachtete, dem konnte das nicht verborgen bleiben. Auf dem Reichsparteitag 1935 wurde

in einem Rechenschaftsbericht erklärt¹⁾, es sei das heiße Bemühen der Fachgruppe "Richter und Staatsanwälte", einen volksnahen und vom nationalsozialistischen Rechtsempfinden durchdrungenen Richter zu schaffen; das Ziel sei aber bei sehr vielen deutschen Gerichten noch bei weitem nicht erreicht und bei zahlreichen älteren Richtern auch wohl nie erreichbar. Und im September 1942 berichtete der Chef der Sicherheitspolizei und des SD, wegen der ablehnenden Haltung der Richterschaft habe die "Steuerung der Strafrechtspflege den mit ihr angestrebten Erfolg nur in sehr beschränktem Maß gehabt".²⁾

Daß die erstrebte innere Gleichschaltung nicht gelungen war, wurde besonders klar von Adolf Hitler empfunden. Aus den von Henry Picker aufgezeichneten Tischgesprächen³⁾ und aus den Bekenntnissen des 1946 hingerichteten ehemaligen Reichsministers Hans Frank⁴⁾ wissen wir, welch abgrundtiefer Haß sich in Hitler gegen die Juristen im allgemeinen und die Richter im besonderen im Laufe der Jahre entwickelt hat. In abfälligen Urteilen konnte er sich nicht genug tun. Eines Tages erklärte er beispielsweise, "daß für ihn jeder, der Jurist ist, entweder von Natur defekt sein müsse oder aber es mit der Zeit werde".⁵⁾ Ein andermal sagte er, "wenn früher der Schauspieler auf dem Schindanger begraben worden sei, so verdiene es heute der Jurist, dort begraben zu werden. Niemandem kommt der Jurist näher als dem Verbrecher...".⁶⁾ Und nach dem Bericht von Frank hatte Hitler nur Verachtung für die Richterschaft übrig.⁷⁾

1) dazu Weinkauff a.a.O. S. 76.

2) Broszat: Zur Perversion der Strafjustiz im Dritten Reich, VfZ 1958 S. 440, 442.

3) Henry Picker: Hitlers Tischgespräche im Führerhauptquartier 1941 - 1942. Stuttgart 1963.

4) Im Angesicht des Galgens. München 1953.

5) Picker a.a.O. S. 211 ff.

6) Picker a.a.O. S. 259 f.

7) Frank a.a.O. S. 85.

Als er dann während des Krieges die Justiz als eine immer unerträglicher werdende Schranke für seine Allmacht empfand, machte sich der bei ihm aufgestaute tiefe Haß in der Reichstagsrede vom 26. April 1942¹⁾ Luft, die das Ende der richterlichen Unabhängigkeit bedeutete. Sie machte den Richter vogelfrei: "Hitler konnte ihn nach seinem Belieben aus jedem ihm gut dünkenden Anlaß, auch wegen eines ihm nicht gefallenden Urteils, ohne Verfahren und ohne Bezüge zu seinem Richteramt entfernen und auf die Straße setzen".²⁾

Die heftigen Angriffe, welche diese Rede enthielt, sind der beste Alibibeweis, den die deutsche Richterschaft sich wünschen kann. Sie sind ein unwiderlegbarer Beweis dafür, daß Hitler mit der Justiz ganz und gar nicht zufrieden war.³⁾

Daß er nicht das Gefühl hatte, in der Justiz ein verläßliches Instrument seiner Politik zu besitzen, beweist schlagend sein Erlaß vom 20. August 1942, veröffentlicht im Reichsgesetzblatt Teil I S. 535:

"Zur Erfüllung der Aufgaben des Großdeutschen Reiches ist eine starke Rechtspflege erforderlich. Ich beauftrage und ermächtige daher den Reichsminister der Justiz, nach meinen Richtlinien und Weisungen im Einvernehmen mit dem Reichsminister und Chef der Reichskanzlei und dem Leiter der Partei-Kanzlei eine nationalsozialistische Rechtspflege aufzubauen und alle dafür erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Er kann hierbei von bestehendem Recht abweichen".

Eine wirklich nationalsozialistische Rechtspflege gab es nach Hitlers Auffassung noch nicht, sie sollte erst

1) Über die Vorgeschichte dieser Rede G. Gribbohm, DRiZ 1969, S. 393 f.

2) Weinkauff a.a.O. S. 53.

3) Darauf weist auch Albrecht Wagner: Die Umgestaltung der Gerichtsverfassung und des Verfahrens- und Richterrechts im nationalsozialistischen Staat (1968) S. 365 hin. - Siehe dazu auch Otto Kirchheimer, Politische Justiz. Neuwied 1965, S. 440 f.

geschaffen werden. Aufschlußreicher konnten diese Worte nicht sein!

Eine Folge der Rede vom 26. April 1942 war, daß neue Mittel entwickelt wurden, die Steuerung der Strafrechtspflege effektiver zu machen. Die Spruchtätigkeit der Strafgerichte wurde scharf überwacht, es wurden den Gerichtsvorsitzenden vor jeder Hauptverhandlung Rücksprachen mit den Vertretern der Staatsanwaltschaft zur Pflicht gemacht, es wurde die Institution des Richterbriefes geschaffen. Gleichzeitig wurde der Druck auf die Richter verschärft. Wenn die Richter der damaligen Zeit, wie behauptet, bei Ausübung der Strafgerichtsbarkeit tatsächlich zu willenslosen Werkzeugen der Machthaber herabgesunken wären, wäre all das nicht nötig gewesen. Von willensloser, sklavischer Fugsamkeit und bedingungsloser Einordnung in die Welt des Nationalsozialismus konnte keine Rede sein.

3. Warum ist es nicht zu offener Auflehnung gekommen?

Daß sehr viele Richter die unaufhörlichen Zumutungen, denen sie in der Zeit des Nationalsozialismus ausgesetzt waren, nur zähneknirschend ertragen haben, wird niemand bestreiten können, der in jener turbulenten Zeit Kontakt zur Justiz hatte. Warum aber haben diese Richter, die sich innerlich gegen den ihnen auferlegten Gesinnungszwang auflehnten, der damaligen Staatsführung nicht einfach die Gefolgschaft versagt - wenn auch nur im Einzelfall, wenn ein Urteil von ihnen gefordert wurde, das sie vor ihrem Gewissen nicht rechtfertigen konnten? Es sind verschiedene Gründe, die hier eine Rolle gespielt haben.

Einmal war von Bedeutung, daß die deutschen Juristen streng im Geiste des Positivismus erzogen worden waren. Sie waren gewohnt, Rechtsnormen, die im Gesetzblatt ordnungsgemäß publiziert worden waren, ohne Rücksicht auf ihren Inhalt zu befolgen.

Zweitens war es das Gefühl totaler politischer Ohnmacht,

das die Richter davon abhielt, sich in Widerspruch zu der herrschenden Gewalt zu stellen. Mit einem renitenten Richter war leicht fertig zu werden - er verschwand mit oder ohne Entlassung aus dem Amt in der Versenkung, und da es keine Pressefreiheit mehr gab, drangen im Regelfalle von dem Aufbegehren nur Gerüchte in die Öffentlichkeit.

Dieses Gefühl totaler Ohnmacht wurde drittens dadurch bestärkt, daß das Ausland Hitler jahrelang Vertrauen entgegengebracht und sein Regime dadurch gestützt hat. Niemand vermochte vorauszusehen, wie lange sich Hitler halten werde. Wie soll bei einer solchen Lage der Geist des Widerstandes und der Auflehnung gedeihen?

a. Der Vorwurf blinder Gesetzestreue - Der deutsche Richter, so wurde eben schon betont, war im Geiste eines strengen Positivismus erzogen worden. Als nun Gesetze ergingen, die er als unsittlich betrachtete und als von ihm Strafen verlangt wurden, die er als unangemessen inhuman oder gar brutal empfand, die sich aber noch innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens hielten, konnte er nach seiner ganzen Tradition nicht anders, als die Partei gegen das Gewissen und für das Gesetz zu ergreifen.

Einige besonders charakteristische Äußerungen aus dem Schrifttum sollen die Herrschaft dieses extremen Positivismus belegen:

In dem 1892 erschienenen Buch von Karl Bergbohm: "Jurisprudenz und Rechtswissenschaft" ist zu lesen:

"Gerade dem in seiner Schädlichkeit oder Inhumanität mißfälligen Recht gegenüber bewährt sich erst des Juristen vornehmste Tugend: die Fähigkeit, seinen Verstand jeder Beeinflussung selbst durch die tiefsten persönlichen Überzeugungen und heißesten Herzenswünsche zu entziehen".

Noch deutlicher wird Bergbohm an einer anderen Stelle seines Buches:

"Auch das niederträchtigste Gesetzesrecht muß als rechtsverbindlich anerkannt werden, sofern es nur formell korrekt erzeugt ist. Auch das miserabelste Recht, falls es in formeller und konstitutioneller Beziehung korrekt ist, ist Recht..."

"Formell korrekt erzeugt" war aber alles Recht, das dem Richter des Dritten Reiches im Reichsgesetzblatt und in den Führererlassen präsentiert wurde.

Im Jahre 1923 erklärte der Staatsrechtslehrer Hans Kelsen in seinen "Hauptproblemen der Staatsrechtslehre" sich für die gleiche Form strenger Gesetzesgebundenheit des Richters¹⁾, wie Bergbohm sie vertreten hatte:

"Für den Juristen ist kein Rechtssatz mehr oder weniger verbindlich als der andere... Was immer der Ursprung der Moralgebote sein mag, die Quelle der verbindlichen Rechtsgesetze ist ausschließlich und allein der Wille des Staates, der natürlich für die Normen der Moral niemals als Autorität in Betracht kommen kann.....
Die rechtliche Verbindlichkeit eines Rechtssatzes leidet nicht im geringsten, wenn er im Widerspruch zu einem Sittengesetze steht...."

Auch dies ein Standpunkt, der dem Richter jedes Abgehen vom Gesetz verwehrte. Hans Kelsen hat ihn später noch mehrfach vertreten.

Noch deutlicher tritt dem Leser dieser entschiedene Gesetzespositivismus in der 1932 erschienenen 3. Auflage des Lehrbuchs der Rechtsphilosophie von Gustav Radbruch entgegen, der damals nicht nur namhaftester Vertreter der Rechtsphilosophie, sondern auch einer der führenden Köpfe der deutschen Sozialdemokratie war. Dort heißt es:

"Für den Richter ist es Berufspflicht, den Geltungswillen des Gesetzes zur Geltung zu bringen, das eigene Rechtsgefühl dem autoritären Rechtsbefehl zu opfern, nur zu fragen, was Rechtsens, und niemals, ob es gerecht sei".

1) a.a.O. S. 56.

An anderer Stelle wird gesagt, auch die Imperative "eines Paranoikers, der sich König dünkt, seien gewissenhaft zu befolgen". Damit aber jeder Zweifel ausgeschlossen sei, daß der Richter im Falle eines Widerstreits nicht etwa die Partei der Moral zu ergreifen habe, erklärte Radbruch weiter:

"Auch wenn er, weil das Gesetz es so will, aufhört, Diener der Gerechtigkeit zu sein, bleibt er noch immer Diener der Rechtssicherheit. Wir verachten den Pfarrer, der gegen seine Überzeugung predigt, aber wir verehren den Richter, der sich durch sein widerstrebendes Rechtsgefühl in seiner Gesetzestreue nicht beirren läßt".

Entschiedener als hier bei Radbruch konnte man den Richter kaum an das Gesetz binden!

Für dieses positivistische Grunddogma ließen sich aus dem Schrifttum noch viele Beispiele anführen. Hier seien nur noch einige Autoren aus dem Staats- und Verfassungsrecht genannt. Ganz im Sinne dessen, was etwa gleichzeitig Karl Bergbohm und später Hans Kelsen vertraten, lehrte Georg Meyer 1895 in seinem Lehrbuch des Staatsrechts:

"Der Staat ist rechtlich durch keine Schranken gebunden... Selbst brutale Gewaltakte würden, wenn sie in der Form des Gesetzes aufträten, formell Recht und für Gerichte, Verwaltungsbehörden, Untertanen verbindlich sein."

Gerhard Anschütz, der Verfasser des führenden Kommentars zur Weimarer Reichsverfassung, der auf Theorie und Praxis großen Einfluß ausübte, erklärte 1930 in der 12. Auflage seines Buches, es könne nicht zugegeben werden, daß der Richter

"dem verfassungsmäßig zustandegekommenen Gesetz den Gehorsam verweigern dürfe, weil es nach seiner Meinung gewissen Normen, die - wiederum nach seiner Meinung - über dem Gesetzgeber stehen (etwa: Sitte, Sittlichkeit, Treu und Glauben, Naturrecht) widerspricht oder gewissen Werturteilen (Gerechtigkeit, Billigkeit, Vernunft) nicht stand hält".¹⁾

1) Die Verfassung des Deutschen Reiches. 12. Auflage. Berlin 1930 S. 417.

Richard Thoma äußerte sich 1932 in demselben Sinne:¹⁾

"Allerdings steht es dem autonomen Ich eines jeden Gewaltunterworfenen frei, irgend einer gesetzten Norm die innere Anerkennung zu versagen. Diese Ablehnung kann in verschiedenen Graden auftreten und sich in Worten und Verhaltensweisen äußern... Denkbar ist, daß mir ein Rechtssatz als schlechthin ungerechtfertigt erscheint, sei es, weil ich überzeugt bin, er sei aus willkürlichen Motiven (z.B. Parteihatz) erlassen, sei es, daß ich ihn wegen seines mir ungeheuerlich erscheinenden Inhalts (wie immer die Intention seiner Erlassung gewesen sein möge) als verwerflich (ungerecht, unsittlich) empfinde. Auch einer solchen Norm muß ich, solange die staatliche Macht sie in Geltung erhält, zugestehen, daß sie im formellen Sinne des Wortes "Rechtssatz" ist, wenn ich ihr auch in foro interno und in Anwendung jenes anderen, mit dem Gerechtigkeitsbegriff verknüpften, Idealbegriffes den Namen einer Gewaltnorm oder Unrechtsatzung gebe. Und wenn mich mein sittliches Gewissen zu Ungehorsam, ja zur Rebellion treibt, so müßte ich doch zugestehen, daß ich im Dienste des "Rechts" (im einen Sinne des Wortes) das positive "Recht" (im anderen Sinne des Wortes) damit verletze".

Einige Vertreter dieses Gesetzespositivismus werden von Fritz Bauer in seiner Dokumentation über den "Widerstand gegen die Staatsgewalt" aufgeführt, so etwa Gerhard Anschütz und Richard Thoma. Von Hans Kelsen und Gustav Radbruch demgegenüber nicht ein einziges Wort!

Wenn also einem deutschen Richter Bedenken gekommen wären, einem der neuerlassenen nationalsozialistischen Gesetze Gefolgschaft zu leisten, und wenn er dabei das vorhandene Schrifttum zum Problem "Richter und Gesetz" zu Rate gezogen hätte, so hätte ihn ein Blick in das Lehrbuch der "Rechtsphilosophie" von Gustav Radbruch oder in den Kommentar von Gerhard Anschütz nur veranlassen können, in seiner traditionellen positivistischen Grundhaltung zu verharren.

1) Thoma in: Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts. 2. Band. Tübingen 1932 S. 141 f.

Als Mitglied des Reichsgerichts hätte er darüber hinaus Grund gehabt, Lehren aus einem Vorgang zu ziehen, der sich Anfang 1924 ereignet hatte. In einer Eingabe an die Reichsregierung hatte der Vorstand des Richtervereins beim Reichsgericht am 6. Januar 1924 es als richterliche Pflicht bezeichnet, Gesetze auf ihre Übereinstimmung mit dem Gedanken von Treu und Glauben zu kontrollieren und ihnen im Falle eines Widerstreits die Anerkennung zu versagen. Der Reichsregierung wurde damals die Absicht zugeschrieben, der von der Rechtsprechung eingeleiteten Aufwertung von Geldforderungen durch ein gesetzliches Verbot ein Ende zu machen und überhaupt jede Aufwertung zu verbieten. In der Mitte des Reichsgerichts erkannte man die Gefahr, die dadurch dem Mittelstand drohte, und hielt es für richtig, an die Adresse des Gesetzgebers eine Warnung zu richten¹⁾. Man erklärte, ein die Aufwertung verbietendes Gesetz laufe Gefahr, nicht angewandt zu werden.

Diese Drohung, unter Umständen dem Gesetzgeber die Gefolgschaft zu versagen, löste scharfe Proteste aus. Nur wenige billigten die Erklärung, u.a. der extrem konservative Staatsrechtslehrer Frhr. Marschall von Bieberstein ("ein Ruhmesblatt für unsere höchsten Richter")²⁾ und der entschieden liberale Strafrechtslehrer James Goldschmidt ("Gesetzesdämmerung").

Alle anderen Stellungnahmen waren ablehnend. Der Reichsjustizminister sprach von der "Gefahr einer Auflösung der Rechtsordnung"³⁾, der Reichsgerichtspräsident Simons distanzierte sich in aller Form von der Eingabe⁴⁾, und ein so angesehener Gelehrter wie Max Rümelin bezeichnete den Vor-

1) Der Vorgang ist geschildert bei Hans-Ulrich Evers: Der Richter und das unsittliche Gesetz (1956) S. 32 f.

2) Marschall von Bieberstein, Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze (1927) S. 151 und Goldschmidt in JW 1924 S. 245.

3) DRZ. 24, 40.

4) AcP 122, S. 265 ff.

gang als unerhört:

"Es war ... eine Entgleisung, wenn der Richterverein der Reichsgerichtsräte dem Gesetzgeber mit der Verweigerung des Gehorsams gedroht hat ..." ¹⁾

Und ungefähr um dieselbe Zeit erklärte auch Philipp Heck ²⁾, der Richter habe ohne jede Ausnahme das Gesetz anzuwenden, "auch dann, wenn er das Gebot mißbilligt. Dieser Rechtssatz ist Bedingung für ein geordnetes Zusammenleben".

Einer der Richter, der gegen die Verlautbarung des Richtervereins nachdrücklich protestierte, der Senatspräsident Dr. Matthiesen aus Kiel, machte sich zum Sprachrohr der erdrückenden Mehrheit seiner Berufskollegen, als er erklärte: ³⁾

"Dieser Gehorsam gegen das Gesetz ist für den deutschen Richter eine einfache, ihm in Fleisch und Blut übergegangene Selbstverständlichkeit".

Er schloß seinen Aufsatz mit den Worten: "Der alte vielfach verkannte, aber weise Rechtslehrer Windscheid hat einmal gesagt: 'Die Rechtsprechung ist die Magd der Gesetzgebung, aber sie ist eine Magd, die eine Königskrone trägt'. Diese Königskrone verdient sich die Magd nicht dadurch, daß sie sich als Königin gebärdet und den Gehorsam aufkündigt, sondern nur dadurch, daß sie als Magd ihrer Herrin in Treue dient".

Das Reichsgericht hat aus dieser scharfen Zurückweisung rasch die Konsequenzen gezogen. Schon in dem Urteil RGZ. 107, 315 (317) wurde betont:

"Auch der Wandel in der Auffassung von Recht und Staat entbinden den Richter, vor allem den Strafrichter, nicht von der Treue gegenüber dem Gesetze".

1) AcP 122, S. 266.

2) AcP 122, S. 224.

3) DRiZ. 1924 S. 42.

Interessant ist, daß in diesem Urteil der Grundsatz der Bindung des Richters an das Gesetz als ein den Wandel von Recht und Staat überdauernder Richtsatz bezeichnet wird.

In einem Urteil vom 4. November 1926 (RGZ. 118, 325 ff.) hat dann der III. Zivilsenat die Stellungnahme des Reichsgerichts endgültig festgelegt:

"Der Gesetzgeber ist selbstherrlich und an keine anderen Schranken gebunden als diejenigen, die er sich selbst in der Verfassung oder in anderen Gesetzen gezogen hat".

Das war denn auch die Einstellung, mit der die deutsche Justiz in das Dritte Reich hineinging. Wenn Fritz Bauer und andere ihr diese Gesetzestreue zum Vorwurf gemacht haben, so ist das ein Tadel, der aus der Tradition deutschen Richtertums nicht zu rechtfertigen ist.

In diesem neuen Staat hat sich aber sehr rasch das entwickelt, was Hermann Jahrreiss in seinem Plaidoyer im Nürnberger Hauptprozeß als "absolute Monokratie" bezeichnet hat ¹⁾. Hitlers Stellung entwickelte sich in verhältnismäßig kurzer Zeit zu der eines Souveräns. Als Inhaber jeder Zuständigkeit wurde Hitler "der oberste Setzer der Normen wie auch der Einsatzbefehle". Die Institution des "Regierungsgesetzes" hob ihn über alle verfassungsrechtlichen Bedenken hinweg. Das Reichsgesetz vom 24. März 1933, durch das die Einrichtung des Regierungsgesetzes geschaffen wurde, ist nach Angabe des Parlamentsprotokolls auch mit verfassungsändernder Mehrheit zustande gekommen. Man hat das zwar in Zweifel gezogen, weil ein Teil der Abgeordneten der Sitzung ferngehalten und ein anderer Teil eingeschüchtert worden sei. Die Institution des "Regierungsgesetzes" hat sich aber praktisch durchgesetzt.

Und so ist mit Jahrreiss festzustellen: "In einem Staat....,

1) a.a.O. Vol XVII S. 527.

in dem die gesamte Macht der letzten Entscheidungen in der Hand eines einzelnen Menschen zusammengefaßt ist, sind die Befehle dieses einen für die Glieder der Hierarchie schlechthin verbindlich". ¹⁾ Das mache eben das Wesen der 'absoluten Monokratie' aus.

Jahrreiss bemerkt dann weiter: "Soll oder kann sie den Gliedern der Hierarchie, ihren Beamten und Offizieren das Recht einräumen oder gar die Pflicht auferlegen, jeden Befehl, der von ihm Gehorsam verlangt, jederzeit darauf zu prüfen, ob er rechtens ist und danach zu entscheiden, ob sie Gehorsam leisten oder verweigern? Keine Herrschaft, die bisher in der Geschichte aufgetreten ist, hat diese Frage bejaht. Immer ist nur gewissen Gliedern der Hierarchie dieses Recht eingeräumt worden; und auch nicht unbeschränkt... Soweit ein solches Prüfungsrecht den Gliedern der Hierarchie nicht eingeräumt ist, ist für sie der Befehl rechtens. Jedes Staatsrecht, auch das Staatsrecht der modernen Staaten, kennt Staatsakte, die von den Behörden zu respektieren sind, selbst wenn sie fehlerhaft sein sollten...".

Welch unerhörte Machtfülle Hitler im Verlauf weniger Jahre zugewachsen war, wird auch aus dem deutlich, was Hans Frank, der ehemalige Reichsminister und Reichsjuristenführer "im Angesicht des Galgens" ²⁾ zu Papier gebracht hat. Hitler konnte es sich schon zwei Jahre nach der Macht-ergreifung leisten, das Kabinett bei Gesetzesvorhaben völlig zu übergehen. "So wurden z.B. die berühmten Nürnberger Gesetze ohne jede Beteiligung der nicht unmittelbar ressortmäßig beteiligten Minister direkt vom Führer betrieben, auch keiner Kabinettssitzung vorgelegt" ³⁾.

1) a.a.O. S. 527

2) So der Titel des Buches, das Frank im Nürnberger Gefängnis vor seiner Hinrichtung zu Papier gebracht hat und das nach seinem Tode von seiner Witwe publiziert wurde (2. Aufl. 1955).

3) a.a.O. S. 155.

In Anbetracht dieser Situation besteht Grund, sich immer wieder vor Augen zu halten, wie wenig der einzelne Richter innerhalb einer solchen verfassungsrechtlichen Ordnung bedeutete!

b. Die Ohnmacht des Richters. - Bei Beurteilung der Haltung der deutschen Richterschaft im Dritten Reich darf auch nicht übersehen werden, daß der einzelne Richter politisch ohnmächtig war. "Mit Füllfederhaltern und Akten", hat Erich Schwinge in seiner Marburger Rede: "Der Jurist in der modernen Gesellschaft" erklärt, ¹⁾ "hat noch niemand eine Diktatur aus den Angeln gehoben!" Er fährt fort: "Nachdem es den Politikern und den Militärs nicht gelungen war, dem Verhängnis Einhalt zu tun - wie sollte ein einzelner Richter etwas ausrichten? Heute erwecken manche Äußerungen den Anschein, als ob die Justiz an allem Unglück schuld sei, das der Nationalsozialismus über uns gebracht hat. Darin liegt eine grobe Verkennung dessen, was der Richter vermochte und was er nicht vermochte". ²⁾

Wenn ein Richter aufbegehrte und entweder nicht das Urteil fällte, das man oben wünschte oder einem nationalsozialistischen Gesetz offen die Gefolgschaft versagte, machte man kurzen Prozeß mit ihm. Charakteristisch ist das, was 1934 dem Landgerichtsdirektor Dr. Kastendieck in Nordhausen ³⁾ und 1944 dem Senatspräsidenten Vogt vom Reichsgericht widerfuhr. ⁴⁾

Landgerichtsdirektor Kastendieck hatte 1934 den örtlichen Kreisleiter wegen Verleitung zum Meineid, Widerstand gegen die Staatsgewalt und anderen Delikten abzuurteilen. Um die Strafkammer einzuschüchtern, erschien zu Beginn der

1) Rede gehalten am 26. November 1963 in Marburg bei der Einweihung des Savigny-Hauses. Marburg 1964. S. 22.

2) a.a.O. S. 19 f.

3) Der Fall wird berichtet von Schwinge a.a.O. S. 20 f.

4) Über den Fall Vogt siehe Hubert Schorn: *Der Richter im Dritten Reich. Geschichte und Dokumente.* Frankfurt 1959 S. 442 ff.; Eberhard Schmidt: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl. 1965 S. 435 f. und Brückner DRiZ 1951 S. 196.

Hauptverhandlung der Gauleiter Sauckel im Gerichtssaal, begleitet von einem Dutzend Mitgliedern seines Stabes, alle in braunen Uniformen. Nach Abschluß der Vernehmung des Beschuldigten zur Person unterbrach Sauckel die Verhandlung und bat um das Wort zu einer Erklärung. Der Richter lehnte die Entgegennahme einer Erklärung ab, was Sauckel so verblüffte, daß er mit seiner Begleitung den Saal verließ. Das Gericht verurteilte den Kreisleiter zu einer längeren Gefängnisstrafe. Der Landgerichtsdirektor wurde aber schon wenige Wochen danach strafversetzt, nachdem es vor seiner Wohnung zu einer "spontanen Aktion des Volkes" gekommen war. Da es keine Pressefreiheit gab, wurde dieses großartige Verhalten eines an der Tradition seines Berufsstandes festhaltenden Richters kaum bekannt.

Senatspräsident Vogt vom Reichsgericht ist mit dem Fall von Rohr in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege eingegangen. Der Landwirt von Rohr war vom Landgericht Greifswald wegen verbotenen Umgangs mit Kriegsgefangenen zu Gefängnis verurteilt worden, weil er an der Beerdigung eines russischen Soldaten teilgenommen hatte. Der Reichsjustizminister verlangte von Vogt, daß sein Senat die Revision als offensichtlich unbegründet abweise, wobei er durchblicken ließ, daß dieser Weisung eine Anordnung Hitlers zu Grunde lag. Vogt wies dieses Ansinnen zurück. Das Urteil wurde aufgehoben. Der Senatspräsident wurde daraufhin zu dem Minister gerufen und von diesem in schärfster Form zur Rede gestellt. Er wurde dann in den Ruhestand versetzt. So also reagierte das Dritte Reich auf Unbotmäßigkeiten seiner Richter, und die Betroffenen konnten froh sein, wenn sie nicht in ein Konzentrationslager verbracht wurden.

Es gab eben keine Unabhängigkeit mehr. Zwar konnte man zunächst der Meinung sein, die richterliche Unabhängigkeit werde von den Machthabern respektiert werden, da sich Hitler in seiner Regierungserklärung vom 23. März 1933 vor aller Welt feierlich zu diesem Grundpfeiler moderner

Rechtspflege bekannt hatte - ein Bekenntnis, das derartigen Eindruck machte, daß das Reichsgericht am 29. Mai 1933 zu einer Plenarsitzung zusammentrat und in einer Entschliessung dem neuen Reichskanzler seinen Dank zum Ausdruck brachte:¹⁾

"Das Reichsgericht begrüßt es dankbar, daß der Herr Reichskanzler in der Regierungserklärung vom 23. März 1933 die richterliche Unabsetzbarkeit als Grundlage des Rechtswesens anerkennt. Nur das Bewußtsein seiner Unabhängigkeit kann dem Richter die innere Freiheit geben, deren er zur Führung seines hohen Amtes bedarf. In solcher Freiheit, nur dem Gesetz unterworfen, durch seine Urteilsfindung der Erhaltung der Volksgemeinschaft zu dienen, ist die wahre Aufgabe des Richters. Der Mahnung des Herrn Reichskanzlers, daß der Boden der Existenz der Justiz kein anderer sein könne als der Boden der Existenz der Nation und daß die Justiz daher auch stets die Schwere der Entscheidungen derer berücksichtigen müsse, die unter dem harten Zwange der Wirklichkeit das Leben der Nation verantwortlich zu gestalten habe, darf kein deutscher Richter sich verschließen".

Nachdem man im Schrifttum von diesem Grundsatz abgerückt war ²⁾, wurde er praktisch ganz bald verlassen. Die Justiz sah sich im Laufe der Jahre zahlreichen Eingriffen örtlicher und übergeordneter Parteistellen ausgesetzt. Weinkauff hat in seinem Buche zahlreiche Eingriffe festgehalten ³⁾. Dagegen erwiesen sich die Aufsichtsinstanzen der Justiz von Anfang an als machtlos. Selbst wenn sie guten Willens waren, konnten sie nicht durchdringen. Das in die Nachkriegszeit hinübergerettete "Diensttagebuch" des Reichsjustizministers Dr. Gürtner ist voll von Vermerken über illegale Eingriffe politischer Stellen in die Justiz und Maßnahmen gegen amtierende Richter und Staats-

1) abgedruckt in DRIZ. 1933 S. 123.

2) Dazu vgl. etwa Frank S. 40 ff.; Gürtner DJ 1934, 369; Rothenberger DR 1939, 832.

3) a.a.O. S. 113 ff.

anwälte ¹⁾. Der Minister war diesem Treiben gegenüber so gut wie machtlos.

Das Gefühl, schutz- und rechtlos zu sein, das sich des deutschen Richters damals bemächtigte, wurde dadurch verstärkt, daß er ständig damit rechnen mußte, in der Parteipresse angegriffen, ja angepöbelt zu werden.

Besonders gefürchtet waren Angriffe im "Schwarzen Korps". Diese Zeitung, im Jahre 1935 ins Leben gerufen, war bekanntlich das Organ der Schutzstaffeln (SS) der NSDAP. Sie nahm sich in besonderem Maße der Prozeßberichterstattung an und startete im Laufe der Zeit eine Reihe massiver Angriffe gegen die Justiz und ihre Angehörigen ²⁾. Richter wurden dabei öffentlich abgekanzelt und auf eine Art Pranger gesetzt. Derartiges hatte sich vorher gelegentlich schon der "Völkische Beobachter" geleistet. Jetzt wurde der Ton aggressiver. Auf die betroffenen Richter wirkten solche Angriffe häufig wie Spießrutenlaufen.

Ab Oktober 1938 nahmen diese Angriffe auf Richter und Rechtsanwälte erheblich zu. Am 13. Oktober 1938 wurde ein Berliner Rechtsanwalt, der einen wegen Verstoßes gegen die Preisvorschriften verfolgten Gemüsehändler vertreten hatte, als "Gurken-Rechtswahrer" bezeichnet ³⁾. In dem Bericht über einen anderen Fall wurde gesagt, zwei Beamte der Staatsanwaltschaft hätten "auf dem geistigen Niveau eines Zulu-kaffers" gestanden ⁴⁾. Einem Rechtsbeistand, der es gewagt hatte, Vollstreckungsmaßnahmen gegen einen SS-Untersturmführer in die Wege zu leiten, wurde vorgehalten, er habe sich "als Ochse im Porzellanladen betätigt", und man habe Grund, sich mit seiner Geistesverfassung zu beschäftigen ⁵⁾.

1) Darüber Weinkauff a.a.O. S. 124 ff.

2) Vgl. dazu Weinkauff a.a.O. S. 123, 132 ff., 139 f., 163 ff., 302, 326 und Johe a.a.O. S. 161 ff.

3) Das Schwarze Korps vom 24. Nov. 1938 S. 11.

4) " " " " 1. Dez. 1938 S. 16.

5) " " " " 5. Jan. 1939 S. 12.

Einem Amtsgerichtsrat, der es abgelehnt hatte, über ein 17-jähriges Mädchen die Fürsorgeerziehung zu verhängen, bevor nicht die Zustimmung des städtischen Jugendamtes vorlag, wurde mit dem Konzentrationslager gedroht ¹⁾. Einige Tage danach begann die Zeitung mit der Kritik von Ehescheidungsurteilen ²⁾ und sprach in diesem Zusammenhang von einer "ebenso instruktiven wie denkfaulen und am Ende auch böswilligen Clique von Rechtsbrechern". Die beteiligten Richter bezichtigte man der Rechtsbeugung und forderte, "daß alle diese böswillig versauten Prozesse vor national-sozialistischen Richtern wieder aufgenommen und durch wirkliche Rechtssprüche endlich beendet werden können".

Gnade fanden vor dem "Schwarzen Korps" nur diejenigen Richter, die mit Härte durchgriffen. Als ein Richter einen Handtaschenräuber zum Tode verurteilt hatte, wurde er mit einem großen Lob bedacht: "Der Richter, der mit solch harter Entschlossenheit seine Pflicht versteht und tut, ist unser Mann". ³⁾

Gegen solche Angriffe waren die betroffenen Richter in der Regel schutzlos. Nur einmal raffte sich der damalige Reichsjustizminister zur Abwehr auf. Das war in der Januar-Nummer der "Deutschen Justiz" vom Jahre 1939. Dort wurden 13 Prozeßberichte des "Schwarzen Korps" aus der Zeit vom 29.7.1937 bis 19.1.1939 amtlich richtig gestellt. Das war aber auch alles.

Die berüchtigte Reichstagsrede Hitlers vom 26. April 1942 machte dann mit der richterlichen Unabhängigkeit endgültig Schluß. Von jenem Tage an stand der deutsche Richter nicht nur unter der Gefahr jederzeitiger Amtsentfernung,

1) Das Schwarze Korps vom 19. Jan. 1939 S. 3.

2) " " " " 26. Jan. 1939 S. 17.

3) " " " " 7. Dez. 1938 S. 2.

er mußte auch mit Vernichtung seiner physischen Existenz (nach erfolgter Übergabe an die Gestapo) rechnen. Und jetzt wurde ein System der Lenkung der Justiz entwickelt, das die letzten Schranken illegaler Einflußnahme wegräumte. Das war die Zeit, in der die sog. Vorschau und Nachschau sowie die Richterbriefe entwickelt wurden, alles Mittel, den Lauf der Strafjustiz straff zu steuern und widerstrebende Naturen auf Vordermann zu bringen.

Daß diese Verhältnisse den im Geiste des Positivismus erzogenen, einzelnen Richter mehr oder minder hilflos antrafen und daß kaum einer den Entschluß zu offener Auflehnung gefunden hat, darf nicht Wunder nehmen. Man durfte erwarten, und dieser Erwartung haben viele Richter entsprochen, daß er bemüht sein werde, Härten und Ungerechtigkeiten im Einzelfall nach Möglichkeit zu mildern. Von hier aber bis zu offener Herausforderung der nationalsozialistischen Machthaber war ein weiterer Schritt. Mit Recht hat Hermann Weinkauff nach der Feststellung, daß die Entwicklung den deutschen Richter unvorbereitet traf, erklärt: "Es wäre ungerecht, ja utopisch gedacht, wollte man nun nachträglich fordern, daß sie einen solchen Widerstand hätten leisten müssen". ¹⁾ Das konnte man billigerweise in der Tat nicht von ihm verlangen.

Man konnte das umso weniger vom einzelnen Richter erwarten, als die politischen Kräfte in der zurückliegenden Zeit (vor und nach 1933) kein anfeuerndes Vorbild geboten hatten. Der preußische Innenminister hatte am 20. Juli 1932 den gewaltigen Machtapparat der preußischen Polizei kampflös aus der Hand gegeben. ²⁾ Und die Gewerkschaften hatten

1) a.a.O. S. 38.

2) Als Karl Severing im Juli 1952 verstorben war, schrieb die Londoner "Times": "Sein Prestige als Staatsmann erlitt einen tödlichen Schlag, als er 1932 schwächlich den Staatsstreich hinnahm, mit dem der neue Kanzler, Herr von Papen, das preußische Kabinett beseitigte".

ihre Machtmittel, mit denen sie im Jahre 1920 den Kapp-Putsch zum Scheitern gebracht hatten, in keinem einzigen Augenblick zum Einsatz zu bringen gewagt. Dieses kampflose Zurückweichen der bisherigen Machtträger ist und bleibt eines der großen Rätsel jener Zeit. In der Reichstags Sitzung vom 17. Mai 1933 hatte die sozialdemokratische Fraktion überdies noch der Regierungserklärung Hitlers zugestimmt.¹⁾ Wie sollte unter diesen Umständen ein einzelner Richter Mut und Kraft finden, gegen die neuen Mächte aufzubegehren, vor allem nachdem sie voll etabliert und konsolidiert worden waren?

Den Entschluß zu offener Auflehnung konnte man bei dem Richter auch um deswillen nicht erwarten, als die das Deutsche Reich umgebende Welt in den Jahren nach 1933 alles tat, den Gedanken an Widerstand zu verhindern. Dafür nur einige besonders charakteristische Tatsachen:

Nach einer mehrwöchigen Studienfahrt durch das neue Deutschland veröffentlichte Lloyd George im "Daily Express" vom 17. September 1936 - ausgerechnet zwei Tage nach dem Erlaß der Nürnberger Gesetze - ein Interview, das geradezu einen Hymnus auf Hitler und seine Partei darstellte und wesentlich zur Festigung des Systems im In- und Ausland beigetragen hat. Am 20. September 1936 gab er der "News Chronicle" ein Interview, in dem er seine Ansichten bekräftigte.

Er erklärte im Daily Express: "Es kann kein Zweifel sein, daß er (Hitler) eine wundervolle Umwandlung im Geiste des Volkes erzielt hat, in ihrem Verhalten zueinander und in ihrer sozialen und wirtschaftlichen Einstellung. Mit

1) Der frühere Chefredakteur des "Vorwärts" Stampfer hatte damals in der ausländischen Presse behauptet, diese Zustimmungserklärung sei "gezwungen", d.h. also unter Druck erfolgt. Paul Löbe suchte daraufhin - wie die "Bayerische Staatszeitung" vom 4. und 5. Juni berichtete - den neuen preußischen Innenminister auf und erklärte, die Entschliesung der sozialdemokratischen Reichstagsfraktion sei "ohne Zwang aus sachlichen Erwägungen erfolgt".

Recht nahm er in Nürnberg für sich in Anspruch, daß seine Bewegung in vier Jahren ein neues Deutschland geschaffen habe..... Katholiken und Protestanten, Preußen und Bayern, Arbeitnehmer und Arbeitgeber, Reiche und Arme sind zu einem Volk verschmolzen worden; religiöse, provinzielle und Klassenunterschiede teilen nicht länger die Nation".

Besonders erstaunliche Worte fand Lloyd George zu Hitlers Person: "Die Tatsache, daß Hitler sein Land von der Furcht freigemacht hat, es werde sich jene Periode der Verzweiflung, Armut und Demütigung wiederholen, hat ihm im neuen Deutschland unbestrittene Autorität verschafft... Er ist der George Washington von Deutschland. Denjenigen, die nicht wirklich beobachtet haben, in welcher Weise Hitler über Herz und Seele Deutschlands gebietet, mag diese Beschreibung übertrieben erscheinen. Sie ist aber die reine Wahrheit".

Der "Völkische Beobachter" war begeistert, zumal er auch noch melden konnte, daß der bekannte Journalist Ward Price in der "Daily Mail" das Hitler-Reich als eine Notwendigkeit für Europa bezeichnet und der bedeutende Schriftsteller Beverley Nichols im "Sunday Chronicle" einen begeisterten Bericht über einen Besuch in Deutschland veröffentlicht hatte.

Wie sollte unter diesen Umständen der Geist des Widerstandes in Deutschland Platz greifen?

Während der Olympischen Spiele im Jahre 1936 konnte Hitler dann neue, große Erfolge feiern. Der Präsident des amerikanischen Olympia-Ausschusses, Avery Brundage, erklärte am 5. Oktober 1936 nach dem Bericht des Völkischen Beobachters, die USA müßten vom nationalsozialistischen Deutschland viel lernen, wenn sie auf der Höhe der Zeit bleiben wollten.

1937 äußerte sich Winston Churchill in seinem Buch: "Great Contemporaries" (das in kurzer Zeit nicht weniger

als sechs Auflagen erlebte) ähnlich enthusiastisch. Er bezeichnete Hitler als eine Figur von "enormen Dimensionen", bei der nun abgewartet werden müsse, ob sie sich zum Guten oder zum Bösen wenden werde. Man könne seinen Kampf um die deutsche Seele nur mit Bewunderung verfolgen. Er habe seine Nation aus der tiefsten Tiefe zum "vollen Sonnenlicht weltlichen Triumphes emporgeführt". Wer ihn persönlich kennengelernt habe, habe einen "außerordentlich sachkundigen, kühlen, wohlunterrichteten Funktionär" angetroffen, "mit angenehmen Umgangsformen und einem entwaffnendem Lächeln, wenige seien durch eine feine Anziehungskraft nicht beeinflusst worden".

Churchill hatte Recht: niemand konnte mit Sicherheit sagen, ob sich die Entwicklung in Deutschland zum Guten oder zum Bösen wenden werde. Und diese Unsicherheit bestand bis in den Beginn des Krieges hinein. Wäre dem anders gewesen, hätte Präsident Roosevelt bestimmt nicht seinen stellvertretenden Außenminister Sumner Welles während des ersten Kriegswinters zu Hitler gesandt, um bei ihm die Chancen für eine Beendigung des Krieges zu erkunden. Um einen Mann, von dem man annehmen mußte und annahm, er werde den traditionellen Normen des Kriegsvölkerrechts zynisch den Rücken kehren und in seiner Kriegsführung ins Verbrecherische abgleiten, hätte man sich nicht derart bemüht, wie es aus den Erinnerungen von Sumner Welles ("Time for Decision", 1940) und denjenigen von Nevil Henderson ("Failure of a Mission", 1940) zu entnehmen ist. Hier stand man eben vor Entwicklungen, die kein Mensch voraussah und erwartete.

Wie sehr sich manche urteilsfähige Menschen inbezug auf das Phaenomen Hitler geirrt haben, zeigt das Beispiel von Theodor Heuss. Ende 1931 veröffentlichte er unter dem Titel: "Hitlers Weg. Eine historisch-politische Studie über den Nationalsozialismus" eine 161 Seiten umfassende, mit einem Bild Hitlers in Rednerpose versehene Schrift, die geeignet war, bei den Anhängern der sog. bürgerlichen Parteien viele Bedenken und Vorurteile gegen die NSDAP beiseite zu räumen. Hitler wurde darin ungewöhnliche Energie,

unbeirrbbare Zähigkeit, beispielloses Organisationstalent und ein selten vorkommender Spürsinn für das Wirkungsvolle nachgerühmt. Daß diesem Mann die deutsche Staatsangehörigkeit vorenthalten wurde, wurde von Heuss als "unwürdig" bezeichnet. Seine Entwicklung, führte er weiter aus, habe ihn in die Nähe von Bebel, Lassalle und Naumann gerückt, und zwischen Adolf Hitlers "Mein Kampf" und August Bebels "Die Frau und der Sozialismus" (dem meistgelesenen sozialistischen Buch in deutscher Sprache), bestehe eine "innere Verwandtschaft". Die nationalsozialistische Bewegung, meinte Heuss abschließend, habe einem "starken natürlichen Bedürfnis den Weg (gewiesen)", als deren "Geburtsstätte" nicht München, sondern 'Versailles' zu betrachten sei. Der Vertrag, der den Namen von Versailles trage, sei "die eigentliche Kraftquelle, von der die nationalsozialistische Bewegung seit ihrem geformten Beginn genährt wird".

Die Schrift von Heuss wurde ein Bestseller und brachte es im Verlauf weniger Monate zu acht Auflagen.

Schon gleich nach Erscheinen sah sich Heuss in der Presse dem Einwand ausgesetzt, er gehe in seinen Zugeständnissen zu weit, und seiner Publikation fehle die "Schärfe der politischen Wehrstellung gegen das, was am Nationalsozialismus robust sei". ¹⁾ Wenn ihm die Schrift dann von Zeit zu Zeit vorgehalten wurde, während er das Amt des Bundespräsidenten bekleidete, pflegte er zu erwidern, er könne nicht bestreiten, daß das Buch "falsch gelegen" habe; daran sei letztlich aber sein Vater schuld, der seinen Söhnen eine Erziehung des bürgerlichen Anstandes gegeben habe. Seine Erziehung habe nicht ausgereicht, ein derart verbrecherisches Regime für möglich zu halten.

1) Einige der Pressestimmen aus dem Jahre 1932 sind wiedergegeben in der von Eberhard Jäckel verfaßten Einleitung zu dem vom Theodor-Heuss-Archiv im Jahre 1968 veranlaßten Neudruck der Schrift.

In der Einleitung zu der Neuausgabe von 'Hitlers Weg' hat Eberhard Jäckel zu dieser Erklärung bemerkt: "Dies freilich, nicht vorausgesehen oder auch nur vorausgeahnt zu haben, was kam, war ihm mit den meisten, wenn nicht mit allen Zeitgenossen gemeinsam". 1)

Hätte man in der breiten Masse des deutschen Volkes das für möglich gehalten, was nur einigen wenigen sicher erschien - die Entwicklung hätte doch wohl andere Bahnen eingeschlagen, das heißt, die Kräfte des Widerstandes so stark werden lassen, daß die deutsche Geschichte einen anderen Verlauf genommen hätte. So aber vertraute man den Sprüchen des Führers, und ein übriges zur Vernebelung der Geister taten die gewaltigen außenpolitischen Erfolge, die Hitler erringen konnte - die Wiedererlangung der Wehrhoheit, die Besetzung der linksrheinischen Gebiete, die Einverleibung Österreichs und die Abtretung des Sudetenlandes. Diese Erfolge machten sein Regime unangreifbar.

In seinem Plaidoyer vor dem Internationalen Militärtribunal hat Hermann Jahrreiss die Lage treffend folgendermaßen geschildert: 2)

"Nur wer fröstelnd und wie ausgestoßen aus dem eigenen Volke inmitten blindgläubiger, diesen Mann als einen unfehlbaren vergötternden Massen gelebt hat, weiß, wie fest die Macht Hitlers in der Gefolgschaft der Namenlosen, Unzähligen verankert war, die ihm nur Gutes, nur das Richtige zutrauten. Sie kannten ihn nicht persönlich, für sie war er, was die Propaganda aus ihm machte, aber das war er dann so kompromißlos, daß jeder, der ihn aus der Nähe sah und anders sah, klar wußte:
A u f l e h n u n g i s t v ö l l i g z w e c k -
l o s u n d i n d e n A u g e n d e r
M i t m e n s c h e n n i c h t e i n m a l
M ä r t y r e r t u m ". 3)

1) a.a.O. S. X L I

2) a.a.O. S. 530

3) Von mir gesperrt.

Max Güde, in den 50er Jahren Generalbundesanwalt, hat 1958 in einem Vortrag: "Justiz im Schatten von gestern" erklärt, als evident geworden sei, daß das Richteramt mißbraucht und verdorben werde, hätten die Richter zumindest ihr Amt aufgeben müssen.

Wie sollte das Aufbegehren eines einzelnen Richters aber etwas ausrichten? Wie die Erfahrung lehrt, haben in Diktaturen nur Kollektivaktionen einige Aussicht auf Erfolg. Wie aber sollte man eine solche Kollektivaktion zuwege bringen - angesichts einer übermächtigen Polizei und mangels jeden Zugangs zur Presse. In seinem Buch "Totalitäre Diktatur" hat Carl Joachim Friedrich von der Harvard University, einer der namhaftesten Staatstheoretiker unserer Zeit, überzeugend dargelegt, wie gering die Chancen sind, ein totalitäres System mit Gewalt aus den Angeln zu heben. ¹⁾ In dieser Hinsicht seien viele Außenseiter in ihrem Urteil sehr ungerecht gewesen. "Die totalitäre Beherrschung aller Mittel der Massenmitteilung wie auch von Telefon, Telegraf usw., das vollkommene Monopol aller Waffen und die intensive Überwachung aller Menschen durch die Geheimpolizei mit allen Mitteln moderner Technik, diese und andere für die totalitäre Diktatur typischen Verhältnisse machen es aussichtslos, eine Opposition und Widerstandsbewegung von Belang zu schaffen..... Wenn es richtig ist, und wir glauben, daß keine Bemühung von Widerstand erfolgreich sein kann, dann hat auch kein Außenseiter das Recht, sich darüber zu entrüsten, daß Menschen, die unter einer totalitären Diktatur zu leben haben, einen solchen Widerstand nicht leisten, denn es ist eine der ersten Regeln der Sittlichkeit, eine Regel, die ein so rigoroser Ethiker wie Immanuel Kant immer wieder betont hat, daß niemand verpflichtet ist, das zu tun, was nicht getan werden kann: Ultra posse nemo obligatur. Hier beginnt das Martyrium, und Märtyrer zu sein kann nie Verpflichtung sein".

1) Stuttgart 1957 S. 255.

Wenn ein Richter im Rahmen der Gegebenheiten helfen wollte, konnte er es nicht mittels offenen Widerstands, sondern nur verdeckt tun. Mit mehr oder minder verschleiender Begründung konnte er ideologischen Folgerungen aus der neuen Weltanschauung aus dem Wege gehen. Er konnte bremsend wirken. Er konnte in der Urteilsbegründung ein Bekenntnis zu dem neuen Geist ablegen, dann aber ein Urteil fällen, das von dem Angeklagten Schaden abwendete usw...

Ein interessantes Beispiel dafür, wie man dabei mitunter im Einzelfall verfuhr, hat Fritz Hartung mit dem sog. "Badewannenfall" gegeben.¹⁾ Es ging in diesem Fall darum, daß ein junges Mädchen das neugeborene Kind ihrer Schwester ertränkt hatte. Die Kindesmutter war durch § 217 StGB vor der äußersten Konsequenz geschützt. Die Schwester war durch das Schwurgericht zum Tode verurteilt worden, sie wäre auch hingerichtet worden, wenn nicht der 3. Strafsenat des Reichsgerichts einen Weg eingeschlagen hätte, der ihr den Kopf rettete. Die subjektive Teilnahmetheorie wurde als Rettungsanker benutzt.²⁾ Das Mädchen blieb am Leben.

Daß viele Richter bemüht waren, Unrecht aus dem Wege zu gehen und zu helfen, wo immer es möglich war, ist selbst im Nürnberger Urteil anerkannt worden, wo ausdrücklich "zwei Kategorien von Richtern" unterschieden werden.³⁾ Wie hätte es auch anders sein können? Die meisten "waren von Haus aus redliche und streng rechtlich und rechtsstaatlich gesinnte Männer" sagt Hermann Weinkauff im Rückblick auf die Jahre von 1933 bis 1945.⁴⁾ "Sie zerrieben sich an der ungewöhnlichen Aufgabe, einen rechtlich erträglichen Ausgleich zwischen dem überkommenen Recht und den national-

1) JZ 1954, S. 430 f.

2) Dazu RGSt. 74,84 und Hartung a.a.O.

3) Dazu Radbruch SJZ 1948, 64.

4) a.a.O. S. 90 f.

sozialistischen Rechtsvorstellungen zustande zu bringen, die Unrechtsmaßnahmen des Systems und das Einströmen staatlichen Unrechts in das Recht wenigstens zu bremsen und abzuschwächen, und, soweit es nach den obwaltenden Bedingungen noch möglich war, die Unabhängigkeit der Rechtsprechung aufrechtzuerhalten. Das ging nicht ab ohne zunehmende politische Verbeugung vor Hitler und dem Nationalsozialismus, ohne zunehmenden eigenen Gebrauch nationalsozialistischer Phraseologie und schließlich auch nicht mehr, ohne zunehmend selbst in der bedenklichsten Weise in die nationalsozialistischen Unrechtsmaßnahmen hineingerissen zu werden".

Mögen dabei auch viel Schwäche und unangebrachte Nachgiebigkeit im Spiel gewesen sein - man wird der Sachlage nicht gerecht, wenn man wie Richard Schmid den deutschen Richtern pauschal Servilität, Unmenschlichkeit, Bössartigkeit, ja im Grunde sogar Rechtsbeugung nachsagt; oder wie Fritz Bauer behauptet, der Richter des Dritten Reiches habe die Konzentrations- und Vernichtungslager vorbereitet; oder wie Friedrich Karl Kaul die Strafjustiz als eine der Hauptstützen des nationalsozialistischen Regimes bezeichnet und ihr ebenfalls die Verantwortung für das Abgleiten des Systems ins Verbrecherische aufbürdet.

So einfach liegen die Dinge nicht. Es handelt sich - wie Hermann Weinkauff völlig zutreffend betont hat ¹⁾ - um eine "verworrene, komplexe, uneinheitliche und schwer überblickbare Lage", die es im Grunde unmöglich macht, "allgemeine Wert- und Unwerturteile über einen solchen Prozeß und innerhalb seiner über die Rolle der Justiz zu fällen". Die geschichtliche Wahrheit kann man hier nur durch gewissenhafte Einzeluntersuchung ergründen. An sie soll jetzt gegangen werden.

1) a.a.O. S. 95.

II. Die Einzelvorwürfe

1. Mißachtung des Verbots der Nichtrückwirkung

Als Beweis für die Behauptung, daß sich das Reichsgericht von den nationalsozialistischen Machthabern als willfähriges Werkzeug für politische Zwecke habe mißbrauchen lassen, wird im Schrifttum mitunter der Reichstagsbrandprozeß genannt. In diesem Prozeß habe sich der Gerichtshof über einen der Kardinalgrundsätze modernen Strafrechts, nämlich das Verbot der Nichtrückwirkung, ohne jede Hemmung hinweggesetzt, indem es gegen den Hauptangeklagten van der Lubbe ein nach der Tat erlassenes, der Reichsverfassung widersprechendes strafscharfendes Gesetz zur Anwendung gebracht und damit gegen Art. 116 der Reichsverfassung von Weimar und § 2 des Strafgesetzbuches verstoßen.

In der Tat hätte van der Lubbe aufgrund der Brandstiftungsvorschriften des Strafgesetzbuches (§§ 306 ff.) nur mit Zuchthaus bestraft werden können. Der Senat des Reichsgerichts, der ihn abzuurteilen hatte, verurteilte ihn aber, gestützt auf das Gesetz vom 29. März 1933 (RGBl. I, 151), das die "Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat" vom 28. Februar 1933 mit rückwirkender Kraft ausstattete, also ein ex-post-facto-Gesetz, zum Tode. Die Abweichung von einem der elementarsten Grundsätze der modernen Strafgesetzgebung¹⁾ wurde dem Senat weithin als unverzeihliche Sünde angekreidet. Man hielt ihm vor, daß er sich zu einem solchen Schritt niemals hätte bereitfinden dürfen, weil es sich um ein zwingendes Verbot gehandelt habe, von dem keine Ausnahme möglich gewesen sei.

Zu denen, die dem Reichsgericht hier schwere Vorwürfe gemacht haben, gehört Richard Schmid, selbst Richter und bis vor etwa zehn Jahren Präsident des Oberlandesgerichts

1) Im Schoße der Reichsregierung hatte übrigens Staatssekretär Schlegelberger vor dieser Abweichung gewarnt (Bracher-Sauer-Schulz a.a.O.).

Stuttgart. In seinem 1965 erschienenen Buch: "Einwände"¹⁾ hält er dem erkennenden Senat vor, er habe sich im Reichstagsbrandprozeß vom nationalsozialistischen Regime für dessen dunkle politischen Zwecke klar mißbrauchen lassen. Dem Regime habe daran gelegen, der internationalen Öffentlichkeit gegenüber den Schein der Rechtmäßigkeit zu wahren, und der Erwartung der damaligen Machthaber, daß sie in dieser Richtung keine Enttäuschung erleben würden, habe der Gerichtshof bereitwillig entsprochen. Van der Lubbe sei aus dem viele Monate vor seiner Aburteilung ergangenen Gesetz zum Tode verurteilt und hingerichtet worden. Das sei in keiner Weise zu rechtfertigen. Und nachdem die neue Staatsführung begonnen habe, rechtsstaatliche Grundsätze wie z.B. das Verbot der Rückwirkung von Strafgesetzen "mit Verachtung" zu behandeln, habe das Reichsgericht im Reichstagsbrandprozeß nicht den geringsten Versuch unternommen, die Rückwirkung des die Todesstrafe für Brandstiftung androhenden Gesetzes abzulehnen.²⁾ "Der Prozeß der Gleichschaltung der Richterschaft und der völlige Niedergang der Rechtspflege hatten begonnen".

In Band IV seiner "Geschichte des Reichsgerichts" (Glas-
hütten 1971) hat Friedrich Kaul diesen Vorwurf noch ver-
schärft. Das Reichsgericht habe "alte Rechtsprinzipien"
wie eben diesen Grundsatz der Unanwendbarkeit von Gesetzen
mit rückwirkender Kraft "bedenkenlos über Bord geworfen"
und durch solche und ähnliche Maßnahmen noch vor der Ent-
fesselung des Krieges "die Nazidiktatur in jeder nur mög-
lichen Weise" abgesichert.³⁾

Die Frage, die gegenüber diesen Vorwürfen zu erheben
ist, geht dahin, ob es sich bei dem Grundsatz der Nicht-
rückwirkung von Strafgesetzen tatsächlich um ein Prinzip

-
- 1) a.a.O. S. 232
s. denselben Autor in seinem Buch: "Politische Strafpro-
zesse" S. 68.
2) Politische Strafprozesse. 2. Aufl. Hannover 1963 S. 68.
3) a.a.O. S. 14.

handelt, das keine Ausnahme zuläßt.

Die Frage wurde aktuell, als es nach dem Zweiten Weltkrieg zu Kriegsverbrecherprozessen kam. Im Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozeß mußte sich das Gericht bezüglich des Anklagepunktes "Verbrechen gegen den Frieden" bei der Straffestsetzung auf die Charta des Internationalen Militärtribunals vom 8. August 1945, also ein ex-post-facto-Gesetz stützen. Im Kellogg-Briand-Pakt vom 27. August 1928 hatten sich die vertragschließenden Mächte zwar verpflichtet, den Krieg als Werkzeug der nationalen Politik zu ächten, für Verstöße gegen diese Verpflichtung aber keinerlei Strafsanktion vorgesehen. Diese Lücke wurde erst nach dem Kriege durch die Charta vom 8. August 1945 geschlossen.

Es ist nicht überraschend, daß vor dem Internationalen Militärtribunal seitens der Verteidiger sofort der Einwand: "ex-post-facto-law" erhoben wurde. Zum Sprecher aller Beteiligten machte sich dabei der Kölner Völkerrechtslehrer Hermann Jahrreiss. In ausführlicher Darlegung¹⁾ machte er geltend, daß in keinem Statut eine genaue Begriffsbestimmung dieses Verbrechens zu finden sei, daß nirgendwo eine Strafe dafür festgesetzt worden sei und daß es auch zu keiner Zeit einen Gerichtshof für die Aburteilung dieser "Verbrechen gegen den Frieden" gegeben habe.

Das Internationale Militärtribunal ist einer Auseinandersetzung mit diesen Argumenten aus dem Wege gegangen. Es hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß dem Grundsatz der Nichtrückwirkung zwingender Charakter nicht zukomme. Zu dieser Auffassung hat sich damals auch der sowjetische Chefankläger Rudenko bekannt²⁾. Der Gerichtshof hat sich in der Urteilsbegründung auf einen einzigen, nichtssagenden Satz beschränkt:³⁾

1) Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Vol XVIII S. 458 ff.

2) a.a.O. Vol VII S. 148.

3) a.a.O. Vol XXII S. 462.

"In the first place, it is to be observed that the maxim nullum crimen sine lege is not a limitation of sovereignty but is in general a principle of justice. To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighboring states without warning is obviously untrue".

Das besagt mit anderen Worten: wenn es "ungerecht" (injust) erscheint, von einer Bestrafung Abstand zu nehmen, darf der Richter den Grundsatz der Nichtrückwirkung ignorieren. Daß es sich der Gerichtshof mit dieser Begründung sehr bequem gemacht hat, wurde im Schrifttum schon festgestellt¹⁾. Wie wenig man sich in Nürnberg um diese Maxime gekümmert hat, geht auch aus einer Bemerkung von Mr. Justice Biddle hervor, der dem Internationalen Militärtribunal als amerikanischer Richter angehört hat. Er äußerte 1948 in einer Rückschau: "Es war nicht die Frage, ob es legal war, Goering zu bestrafen, sondern ob es gerecht war"²⁾. Ein Jahr zuvor hatte der frühere Kriegsminister Henry L. Stimson in einem Aufsatz über das Nürnberger Urteil erklärt, man habe mit der Bestrafung von Verbrechen gegen den Frieden endlich Ernst machen und deshalb über den Einwand des ex-post-facto-laws hinweggehen müssen³⁾.

Schon während des Krieges waren Stimmen laut geworden, daß dem Grundsatz der Nichtrückwirkung absolute Geltung nicht zugesprochen werden könne. In diesem Sinne hatte sich insbesondere der nach den USA ausgewanderte, deutsch-österreichische Staatsrechtslehrer Hans Kelsen vernehmen lassen. In einem Aufsatz über die Bestrafung von Kriegsverbrechen äußerte er 1943: "The principle forbidding the enactment

-
- 1) F.B. Schick: The Nuremberg Trial and the International Law of the Future, American Journal of International Law. Vol. 41 (1947) S. 793.
 - 2) Francis Biddle: "Le Procès de Nuremberg". Revue Internationale de Droit Pénal 1948 S. 9.
 - 3) "The Nuremberg Trial: Landmark in Law". Foreign Affairs 1947 S. 147 ff.

of norms with retroactive force as a rule for positive national law is not without many exceptions"¹⁾. Nach dem Kriege, im Jahre 1947, betonte Kelsen erneut²⁾, der oft vorgetragene Einwand, daß das Nürnberger Urteil gegen den Grundsatz der Nichtrückwirkung verstoße, falle ins Leere, weil dieser nicht zwingend sei: "The rule against retroactive legislation has certainly not been respected by the London Agreement. However this rule is not valid at all within international law, and is valid within national law only with important exceptions". Er fuhr fort: "Justice required the punishment of these men, in spite of the fact that under positive law they were not punishable at the time they performed the acts made punishable with retroactive force. In case two postulates of justice are in conflict with each other, the higher one prevails; and to punish those who were morally responsible for the international crime of the second World War may certainly be considered as more important than to comply with rather relative rule against ex post facto laws, open to many exceptions".

An diesen Ausführungen ist besonders wichtig, daß dem Grundsatz auch für die nationalen Rechte keine absolute Geltung zugesprochen wird. 1947 fällte der 2. Senat des Obersten Spruchgerichtshofs in Hamm ein Urteil, in dem es hieß: "Der Satz 'nullum crimen sine lege' hat nicht die Bedeutung eines übergesetzlichen unabdingbaren Rechtssatzes. Er ist eine Zwecknorm, dessen Aufrechterhaltung im Interesse der Rechtssicherheit im allgemeinen geboten ist, dessen Durchbrechung aber, wenn das Prinzip der materiellen Gerechtigkeit dies aber erfordert, dem Gesetzgeber nicht verboten werden kann"³⁾. Mit besonderem Nachdruck setzte sich für die Ausschaltung des Verbots der Rückwirkung im

1) California Law Review 1943 S. 543

2) "Will Nuremberg constitute a Precedent?" The International Law Quarterly 1947 S. 153 ff. (164).

3) zitiert bei Sontag, Schweiz. Z. für Strafrecht 1947 S. 209.

Sinne des Nürnberger Urteils 1947 Gustav Radbruch ein¹⁾. Die Vorschriften, aufgrund deren die Verurteilungen erfolgt seien, hätten zwar nicht in positiv gefaßter Form gegolten, wohl aber als Natur- und Vernunftrecht, kurzum als "übergesetzliches Recht". Das könne nur ein Positivist verkennen. Das Verbot der Nichtrückwirkung sei im Grunde also gar nicht verletzt worden. Auch die Organisation der United Nations stellte sich auf diesen Standpunkt und billigte die Haltung des Internationalen Militärtribunals²⁾. Der Interalliierte Gerichtshof, der 1948 in Tokio über die japanischen Kriegsverbrecher das Urteil fällte, schloß sich dem Nürnberger Urteil an: "the greater injustice would be to let aggressors go unpunished". Der Grundsatz der Nichtrückwirkung habe diesem Gesichtspunkt gegenüber zurückzutreten³⁾. In seinem Buch über "The Nuremberg Trials in International Law" faßte Robert K. Woetzel im Jahre 1960 den Meinungsstand dahin zusammen, daß es sich bei dem Grundsatz nicht um eine bindende Rechtsregel, sondern bloß um ein ethisches Prinzip handle: "since it is an ethical principle rather than a rule of law, it may be set aside of considerations of justice demand it"⁴⁾.

Wenn man das alles in Rechnung zieht, kann man dem IV. Strafsenat des Reichsgerichts ebensowenig ernsthaft einen Vorwurf aus der Durchbrechung des Verbots machen,

1) SJZ 1947 S. 131 ff.

2) "The Charter and Judgement of the Nuremberg Trial": Memorandum submitted by the Secretary General. New York 1947, S. 49 f.

3) Dazu Richard H. Minear: Victors' Justice. The Tokyo War Crimes Trial. Princeton. Sec. Ed 1972 S. 27 und C.A. Pompe: Aggressive War an International Crime. Haag 1953 S. 224 f. - Sonderstellung bezog in Tokio nur der dem Gerichtshof angehörende holländische Richter Roling. Er erklärte, die in Tokio verhängten Strafen seien nicht echte Strafen für legale Verbrechen, sondern politische Sicherungsmaßnahmen, die auf Eliminierung von Menschen gerichtet seien, die man als gefährlich betrachte.

4) a.a.O. S. 112.

wie man das gegenüber den Nürnberger und Tokioter Militärtribunalen tut. Es wäre unter Gesichtspunkten der Optik sicher besser gewesen, der Senat wäre von dem Grundsatz nicht abgewichen. Wenn er aber statt auf die Todesstrafe auf eine Freiheitsstrafe erkannt hätte, wäre vermutlich das Schicksal des Reichsgerichts besiegelt gewesen. Hitler und seine Ratgeber hätten ein solches Urteil sicherlich als eine schwere Provokation empfunden und den Gerichtshof womöglich aufgehoben. Wenn sich die dem Senat angehörenden Richter am Ende entschieden haben, über das Verbot der Nichtrückwirkung hinwegzugehen, so war für sie vielleicht auch von Bedeutung, daß drei Rechtsgutachten namhafter, dem konservativen und rechtsstaatlichen Lager angehörender Rechtslehrer - der Professoren Nagler, von Weber und Oetker - vorlagen, die (wenn auch verklausuliert) eine Durchbrechung des Verbots durch einfaches Gesetz für zulässig erklärt hatten.¹⁾ Es handelte sich hier eben um Auffassungssache.

Ein ernsthafter Vorwurf läßt sich nach alledem gegen das Reichsgericht wegen des Todesurteils gegen van der Lubbe nicht erheben. Man wird das Urteil insgesamt im Gegenteil als einen mutigen Akt gelten lassen müssen, wie es in der Weltöffentlichkeit denn auch geschehen ist. Es ist kein Passiv-, sondern ein Aktivposten in der Geschichte des Reichsgerichts! Die nationalsozialistische Staatsführung war damit bekanntlich gar nicht zufrieden, weil außer van der Lubbe alle Angeklagten freigesprochen wurden. Das müssen auch Kritiker wie Friedrich Karl Kaul anerkennen: "Es ist nur zu verständlich, daß die nazistische Presse vor Wut schäumte".²⁾

1) Auf diese Gutachten weist Fritz Tobias in seinem Buch über: "Der Reichstagsbrand. Legende und Wirklichkeit". Rastatt 1962 S. 626 hin, desgl. Bracher-Sauer-Schulz S. 75 ff.

2) a.a.O. S. 110.

In einer parteiamtlichen Stellungnahme¹⁾ wurde der Leipziger Spruch als ein "glattes Fehlurteil" bezeichnet. Diese offizielle Verlautbarung ist so aufschlußreich, daß sie nachfolgend wörtlich wiedergegeben werden soll:

"NSK. Das Urteil im Reichstagsprozeß, demzufolge Torgler und die drei bulgarischen Kommunisten aus formal-juristischen Gründen freigesprochen wurden, ist nach dem Rechtsempfinden des Volkes ein glattes Fehlurteil.

Wir können uns nicht einmal die formal-juristischen Gründe des Gerichts zu eigen machen, da selbst sie dem heutigen staatspolitischen Rechtsbewußtsein in Deutschland in keiner Weise entsprechen. Wenn das Urteil nach dem wahren Recht, das im neuen Deutschland wieder seine Geltung haben soll und im Volksempfinden seine Wurzel hat, gesprochen worden wäre, hätte es anders gelautet. Dann wäre allerdings auch schon die ganze Prozeßanlage und die Prozeßführung, die vom Volke mit wachsendem Unwillen verfolgt worden ist, eine andere gewesen.

Wenn man überhaupt von einem für das deutsche Volk positiven Ergebnis dieses Prozesses sprechen will, so kann höchstens hingewiesen werden auf die eindrucksvolle Widerlegung der verleumderischen Behauptungen, mit denen die antideutsche Greuelpropaganda gerade den Reichstagsbrand zum Anlaß beispielloser Hetzfeldzüge genommen hat. Es ist nach Abschluß des Verfahrens festzustellen, daß nicht ein Schimmer dieser Behauptungen aufrechterhalten werden konnte.

Mit um so größerer Überraschung wird das deutsche Volk von dem Freispruch Torglers und der übrigen vaterlandslosen Drahtzieher Kenntnis nehmen, nachdem es in den einzelnen Stadien des Prozesses immer erneut ein Bild von der Größe und Brutalität der bolschewistischen Gefahr erhalten und ihm immer wieder die Erkenntnis vertieft wurde, daß das furchtbare Chaos der Staatsvernichtung und des Bürgerkrieges nur durch das verantwortungsbewußte, entscheidende Handeln des national-

1) Abgedruckt in der JW 1934 S. 24. Vgl. dazu auch die scharf ablehnende Stellungnahme des Völkischen Beobachters vom 24., 25. und 26. Dezember 1933.

sozialistischen Staates in letzter Stunde abgewendet wurde. Wäre in Deutschland der Kommunismus nicht von der nationalsozialistischen Revolution niedergeschlagen und seine Träger nicht unschädlich gemacht worden - durch solche falschen juristischen Verfahren, wie das soeben beendete, wäre die kommunistische Gefahr in Deutschland niemals beseitigt worden.

So ist gerade dieses Urteil ein Fehlurteil, das mehr vielleicht als jedes andere die Notwendigkeit einer grundlegenden Reform unseres Rechtslebens, das sich vielfach noch in den Gleisen überwindenen, volksfremden liberalistischen Denkens beseitigt, mit aller Deutlichkeit erweist und sie dem Volke vor Augen führt".

Deutlicher konnte dem Reichsgericht das Mißfallen der Parteiführung nicht ausgesprochen werden. Die Folgen ließen nicht lange auf sich warten. Dem Reichsgericht wurde durch Gesetz vom 24. April 1934 (RGBl. I, 341 ff.) die Zuständigkeit für Hoch- und Landesverrat entzogen und für deren Aburteilung der Volksgerichtshof geschaffen. Die Kritik, die an dem Gerichtshof wegen seines Urteils im Reichstagsbrandprozeß gefällt worden ist, ist jedenfalls nicht gerechtfertigt.

Auf einer Tagung der Friedrich-Ebert-Stiftung, die im Januar 1962 stattfand, kam der damalige Kultusminister Werner Schütz von Nordrhein-Westfalen auf das Urteil im Reichstagsbrandprozeß zu sprechen und führte aus¹⁾, im Rahmen des Reichstagsbrandprozesses sei "die Auseinandersetzung zwischen der nationalsozialistischen und der demokratischen Justizauffassung" erfolgt. Der nationalsozialistische

1) Politische Strafprozesse. 2. Aufl. Hannover 1963 S. 22. - Anders, aber m.E. unzutreffend ist das Urteil von dem Historiker Hans Mommsen beurteilt worden. In einem Aufsatz über: "Der Reichstagsbrand und seine politischen Folgen" in den Vierteljahresheften für Zeitgeschichte Bd. 12 (1964) hat Mommsen behauptet, das Urteil sei "keine besondere Heldentat des Gerichts" gewesen (a.a.O. S. 410). Diese nachträgliche Abwertung steht im Gegensatz zu der Stellungnahme der meisten zeitgenössischen Pressestimmen des Auslandes.

stischen Reichsführung sei es damals darauf angekommen, dem Kommunismus die Anzündung des Reichstags in die Schuhe zu schieben. Dieses Vorhaben sei am Widerstand des Reichsgerichts gescheitert, das sich dadurch als für die Zwecke der nationalsozialistischen und politischen Strafrechtspflege unbrauchbar erwiesen habe:

"Zum Lobe des Reichsgerichtes und seines damaligen IV. Strafsenates, vor dem dieser geschichtliche und weltgeschichtliche Reichstagsbrandprozeß abrollte, muß gesagt werden, daß sich die Richter dem politischen Diktat nicht beugten und im großen und ganzen unabhängig und unbeeinflußt ihres Amtes walteten. Wenn es dem Reichsgericht auch nicht gelang, die Hintergründe des Geschehens aufzuklären..., so sprach es doch unbeirrbar und unbeirrt die drei angeklagten Bulgaren Dimitrow, Popeff und Tanew sowie den Geschäftsführer der kommunistischen Reichstagsfraktion Ernst Torgler aus dem Gesichtspunkt des mangelnden Beweises frei. Diese Haltung verdient um so größere Anerkennung, als nicht nur mehrere nationalsozialistische Abgeordnete, sondern sogar aktive Reichsminister, wie Hermann Goering und Dr. Josef Goebbels, ihre Überzeugung von der Schuld vor allem Ernst Torglers eidlich erhärteten. Der Angeklagte holländischer Staatsangehörigkeit Marinus van der Lubbe war nach seinem eigenen Geständnis beteiligt und mußte verurteilt werden. Im Rahmen des ihm Möglichen hat jedenfalls das Reichsgericht an seiner alten Überlieferung festgehalten und keinen Schuldlosen verurteilt".

Die schweren Angriffe, die damals gegen den Senat gerichtet worden seien¹⁾, könnten heute als die "wichtigste und schönste Entlastung der deutschen Justiz bewertet werden".

Derjenige, der dieses Urteil fällte, seines Zeichens ein Rechtsanwalt mit großer Berufserfahrung, hatte mit dem Nationalsozialismus nie etwas zu tun gehabt. Seiner Auffassung darf deshalb besonderes Gewicht beigemessen werden.

1) Über sie: Werner Johe. Die gleichgeschaltete Justiz. Hamburg 1967 S. 108 ff.

2. Die Folgen der Aufhebung des Analogieverbots

Durch Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 28. Juni 1935 (RGBl. I, 839) hob der nationalsozialistische Gesetzgeber das in § 2 RStGB. enthaltene Verbot der Bestrafung nach Analogie auf, nachdem das im Schrifttum von einer Reihe Autoren nachdrücklich gefordert worden war.¹⁾ Die neue Fassung des § 2 lautete:

"Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach dem gesunden Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft".

Die Novelle vom 28. Juni 1935 beseitigte eine der traditionellen rechtsstaatlichen Sicherungen moderner Strafrechtspflege. Es war jetzt die große Frage, was die Rechtsprechung, insbesondere die Judikatur des Reichsgerichts, aus dieser dem Wortlaut nach sehr weitreichenden Ermächtigung zur Poenalisierung bisher strafloser Verhaltensweisen machen würde. Zweifellos war die Gefahr gegeben, daß die neue Vorschrift als politisches Kampfmittel gegen Andersdenkende mißbraucht werden würde. Mit dem neugeschaffenen Begriff des "gesunden Volksempfindens" ließ sich viel machen. Mit dessen Hilfe war es leicht möglich, mißliebige Volksgenossen hinter Schloß und Riegel zu bringen.

Tatsächlich haben sich die Gerichte aber weithin davor gehütet, die neue Bestimmung extensiv zu interpretieren und sich damit von der Basis des Rechtsstaats noch stärker zu entfernen, als es der Gesetzgeber getan hatte. Zwar haben manche Instanzgerichte die Freigabe des Analogieschlusses dazu benutzt, die Grenzen strafbaren Tuns

1) dazu Karl Peters GA 82, 338 (mit weiteren Nachweisen aus dem Schrifttum); s.a. Schaffstein ZStW 53, 607.

auszuweiten und Verhaltensweisen zu poenalisieren, die bisher straflos waren. Das Reichsgericht ist Tendenzen dieser Art aber gleich in der ersten Entfaltung energisch entgegengetreten, es war sofort um eine Eindämmung bemüht und hat erfolgreich den Anfängen gewehrt.¹⁾ Dadurch hat sich der Gerichtshof ein großes Verdienst um die rechtsstaatliche Sicherung des einzelnen erworben. Es zeigt sich hier also erneut, daß die pauschale Behauptung von Friedrich Karl Kaul, beim Reichsgericht habe man alle nationalsozialistischen Gesetze "betont extensiv" interpretiert und die in den nazistischen Normierungen erfaßten Tatbestände erweitert, den umrissenen Täterkreis vergrößert und den örtlichen Geltungsbereich ausgedehnt²⁾, nicht der Wahrheit entspricht; genau das Gegenteil ist richtig. Die Fälle extensiver Interpretation sind die Ausnahmen.

Wie vorsichtig und zurückhaltend die Strafsenate des Reichsgerichts bei Anerkennung von Analogieschlüssen aus der Judikatur der unteren Gerichte gewesen sind, läßt sich mit zahlreichen Beispielen belegen. Dabei wurde immer wieder betont, daß keine ungewollte Gesetzeslücke, sondern eine abschließende Regelung vorliege. Eine Anwendung des § 2 n.F. auf den Allgemeinen Teil des StGB. mit seinen (strafbegründenden oder strafschärfenden) allgemeinen Verbrechensmerkmalen hat das Reichsgericht überhaupt nicht bejaht.³⁾

Dieser hartnäckige Kampf der Strafsenate des Reichsgerichts gegen die Versuche einiger Untergerichte, den Anwendungsbereich des § 2 n.F. uferlos auszudehnen, blieb

1) In seiner bis zum Jahre 1938 reichenden Übersicht konnte Reichsgerichtsrat Wachinger zutreffend von einer "vorsichtigen Stellungnahme des RG" sprechen (Michael Wachinger, Rechtsschöpferische Rechtsprechung des Reichsgerichts auf materiell-strafrechtlichem Gebiet. Festgabe für Erwin Bumke, Berlin 1939 S. 83.

2) a.a.O. S. 25.

3) Walter Sax: Das strafrechtliche "Analogieverbot". Göttingen 1953 S. 111; anders z.T. das Schrifttum, Sax a.a.O. S. 111 mit weiteren Nachweisen.

natürlich den Vorkämpfern nationalsozialistischer Rechtsgrundsätze nicht verborgen. Freisler warf dem Gerichtshof damals konservative Haltung und gesetzessystematische Tarnung vor, und er traf damit das Richtige. Eben darum hat man dem Reichsgericht in der Nachkriegszeit auch "weise Mäßigung" attestiert.

Von der klugen Haltung, welche die Strafsenate des Reichsgerichts eingenommen haben, legen folgende Urteile Zeugnis ab:

- 1) Dem Angeklagten waren bei Bestrafung wegen Rassenschande gestützt auf § 2 in Analogie zu § 32 die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt worden. Das erklärte der erkennende Senat als unzulässig (RGSt. 70, 220). Die entsprechende Anwendung eines Strafgesetzes sei unter den Voraussetzungen des § 2 nur bei einer nach dem geschriebenen Recht straflosen Tat zulässig. Es sei nicht erlaubt, auf eine nach dem Gesetz strafbare Handlung im Wege der Analogie zusätzlich eine Strafe zu verhängen.
- 2) Das Landgericht hatte § 27 b (Umwandlung einer Freiheitsstrafe in eine Geldstrafe) auf einen Verbrechenstatbestand ausgedehnt. "Weder Wortlaut noch Sinn des § 2 StGB. rechtfertigen es, diese Bestimmung, die Lücken des Strafgesetzes schließen soll, auch dazu heranzuziehen, ein unmittelbar anzuwendendes Strafgesetz im Strafrahmen zu mildern". RG JW 1938, 1514.
- 3) § 2 läßt nicht zu, von einer nach dem Gesetz gebotenen Strafe abzusehen, weil die angedrohte Strafe nach dem gesunden Volksempfinden zu hart erscheine. "Ein solches Verfahren widerspräche nicht nur dem Wortlaut und dem Sinn des § 2 StGB., sondern auch dem Geiste des geltenden Verfahrensrechts, nach dem der Richter dem Gesetze gemäß urteilen muß und nicht das Recht der Gnade ausüben darf". RGSt. 75, 43.
- 4) Gegen den wegen Vergehens nach § 175 bestraften Angeklagten war zusätzlich Entmannung ausgesprochen worden. Das sei, erklärte der erkennende Senat, auch nach § 2 nicht möglich. RG DR 1941, 1881.
- 5) Durch einen Beschluß des Großen Senats für Strafsachen vom 23. Februar 1938 (RGSt. 72, 91 ff.) wurde es abgelehnt, mit Hilfe des § 2 den Geltungsbereich des deutschen Strafrechts auf Auslandstaten zu erstrecken (der Angeklagte hatte mit einer deutschblütigen Frau in der Tschechoslowakei Rassenschande begangen). Durch die §§ 3 ff. werde der Geltungsbereich des RStGB. bindend bestimmt. Es sei "Vorsicht geboten". Die Gerichte hätten

nicht das Recht, eine gesetzliche Schranke einfach beiseite zu schieben. Hier handele es sich um ein Gebiet, dessen Neuordnung dem Gesetzgeber vorbehalten bleibe.

- 6) Der Haupttäter war wegen Veruntreuung unter den erweiterten Strafraumen des § 246 gezogen worden. Der Angeklagte, der jenen zu der Tat angestiftet hatte, sollte in Anwendung des § 2 ebenfalls unter den höheren Strafraumen gestellt werden, obwohl ihm das veruntreute Geld nicht "anvertraut" worden war. Einen solchen Analogieschluß bezeichnete das RG als unzulässig (RGSt. 72, 327 ff.).
- 7) § 2 darf nicht dazu benutzt werden, auch Täter zu bestrafen, denen keine Schuld nachgewiesen werden kann: "Eine Bestrafung ohne Schuld kennt das StGB. auch im Falle des § 2 nicht" (RGSt. 71, 195). - Das LG hatte im Wege der Analogie § 309 zur Anwendung gebracht.
- 8) Ein Verteidiger hatte Briefe seines Mandanten aus dem Gefängnis herausgeschmuggelt. Das Gericht entschied, er könne aus § 133 (Gewahrsamsbruch) auch nicht über § 2 bestraft werden (RGSt. 72, 172).
- 9) Da das bloße Hineinlegen einer Pfandanzeige in den Pfandgegenstand noch keine Pfändung ist, ist eine Bestrafung aus § 132 auch nicht auf dem Wege über § 2 möglich (RG HRR 1941, 788).
- 10) Die Anzeigepflichten aus § 139 sind nicht analog erweiterungsfähig. Der Gesetzgeber habe hier eine Grenze gezogen, die keine Ausdehnung zulasse (RGSt. 71, 388).
- 11) Die Vorschriften über Wehrdienstentziehung (§§ 140 ff.) seien auf den Arbeitsdienst nicht entsprechend anwendbar, entschied RGSt. 72, 262.
- 12) Die bloße Einreichung der Abschrift einer eidesstattlichen Versicherung kann den Handelnden auch nicht über § 2 nach § 156 strafbar machen. RGSt. 72, 132.
- 13) § 158 (Milderung bzw. Straffreiheit bei rechtzeitigem Widerruf) kann nicht zugunsten eines Anstifters zum Meineid entsprechend angewendet werden. RG JW 1936, 1375.
- 14) Als falsch wurde die Anwendung des § 2 (in Verbindung mit § 153, Meineid) auch bezeichnet, als der Offenbarungsschuldner unter Eid auch noch Vermögensstücke zu seinem Vermögen gehörig angegeben hatte, die ihm in Wahrheit nicht gehörten: "Auch ein gesundes Volksempfinden kann nicht - entgegen dem das ganze Eidesrecht beherrschenden Grundsatz - Aussagen der Meineidsstrafe unterstellen, die nicht unter die Eidspflicht fallen. Damit würde der Rspr. auf diesem Gebiet der - unentbehrliche - sichere Boden entzogen". Sinn der Meineidsstrafdrohung beim Offenbarungseid sei, daß dem Gläubiger kein zu

seiner Befriedigung geeigneter Vermögensgegenstand entzogen werde. RG JW 1937, 2509.

- 15) Daß falsche eidesstattliche Versicherungen nur dann strafbar sind, wenn sie vor einer zuständigen Stelle abgegeben werden, ist auch mit § 2 nicht zu ändern. RGSt. 73, 147.
- 16) Die Milderungsgründe des § 157 (im Falle des Eidesnotstands) sind auf Zeugen und Sachverständige beschränkt. Sie können nicht im Wege der Analogie auf Parteien erstreckt werden. Der klare Wille des Gesetzgebers verbiete eine solche Ausdehnung. RGSt. 74, 45; 75, 41.
- 17) Wenn der Täter jemanden "bei einem Gauleiter" verdächtigt hat, ist § 164 entsprechend anwendbar. RGSt. 71, 221.
- 18) Die von § 164 verlangte "Absicht", ein behördliches Verfahren herbeizuführen, kann nicht mit Hilfe des § 2 zu bedingtem Vorsatz abgeschwächt werden. Anwendung des § 2 nach dem Willen des Gesetzgebers ausgeschlossen. RG JW 1937, 1794.
- 19) Ehebruch liegt nur bei Beischlaf vor. Die betreffende Strafvorschrift ist auf anderen ehewidrigen Verkehr nicht entsprechend anwendbar. RGSt. 70, 173. Der Gesetzgeber habe der Anwendung des § 182 bewußt Grenzen gezogen.
- 20) § 173 (Blutschande) kann aufgrund des § 2 n.F. nicht auf unzüchtige Handlungen ausgedehnt werden, die nicht in der Vollziehung des Beischlafs bestehen. Die Staatsanwaltschaft hatte gegen den Freispruch der 1. Instanz Revision eingelegt; das gesunde Volksempfinden fordere Bestrafung. Dagegen RGSt. 71, 196: "Der Richter darf ... den Grundgedanken eines bestimmten Strafgesetzes nicht so verallgemeinern, daß die Verbindung mit dem gesetzlichen Tatbestande völlig verloren geht.... Es geht daher nicht an, den § 173 StGB., der in Abs. 1 nach dem Willen des Gesetzgebers nur den Beischlaf - also die Vereinigung der Geschlechtsteile - zwischen Verwandten auf - und absteigender Linie unter Strafe stellt, dahin zu verallgemeinern, daß auch bloße Unzucht zwischen Verwandten bestraft wird".
- 21) Die Strafvorschrift gegen Nötigung zur Duldung von Unzucht (§ 176 Abs 1 Nr. 1) kann auch nicht über § 2 auf Handlungen ausgedehnt werden, die an der eigenen Frau verübt werden. RGSt. 71, 110.
- 22) Der § 177 ist nicht entsprechend anwendbar, wenn der Täter ein Mädchen durch eine Drohung anderer als der im § 177 bezeichneten Art zur Duldung des außerehelichen Beischlafs genötigt hat. § 179 ist ebensowenig entsprechend anwendbar, wenn der Täter ein Mädchen durch eine Täuschung anderer als der im § 179 bezeich-

neten Art zur Gestattung des außerehelichen Beischlafs verleitet hat. RGSt. 73, 358.

- 23) Eine nicht öffentlich begangene unzüchtige Handlung kann nicht entsprechend dem § 183 bestraft werden. RGSt. 73, 385 (der Angeklagte war in einer öffentlichen Bedürfnisanstalt über eine Wand in einen verschlossenen Abstellraum geklettert, hatte auf einem Tische stehend eine Frau beobachtet, die die Anstalt gerade benutzte und seinen Geschlechtsteil herausgenommen, um daran zu onanieren). Das Gesetz fordert "Öffentlichkeit", die nicht gegeben war. Anders aber RGSt. 72, 67: Hier wird ein Analogieschluß aus § 183 bejaht, soweit bei den Einzelfällen einer fortgesetzten Handlung bei den dazu gehörenden Einzelfällen Öffentlichkeit nicht gegeben war (unklare Begründung!).
- 24) Da die Anbietung unzüchtiger Schriften in § 184 Nr. 2 "gegen Entgelt" geschehen sein muß, ist es unzulässig, die Vorschrift mit Hilfe des § 2 auf unentgeltliches Handeln auszudehnen. RGSt. 71, 348.
- 25) Vom Erfordernis eines Strafantrags kann bei Beleidigung auch nicht aufgrund des § 2 abgesehen werden. RGSt. 75, 333. Keine ungewollte Lücke des Gesetzes (der Angeklagte, ein Lehrer, war ohne Strafantrag wegen tätlicher Beleidigung von drei schulpflichtigen Mädchen verurteilt worden).
- 26) Beihilfe zum Selbstmord ist auch über § 2 nicht strafbar. RGSt. 70, 315 (der Angeklagte hatte seiner Geliebten geholfen, ihr Leben durch Erhängen zu beenden).
- 27) Fehlt bei einer Tötung die Überlegung, so darf eine Verurteilung zum Tode nicht im Wege der Rechtsanalogie nach § 2 n.F., desgleichen nicht mit der Begründung erfolgen, die Tat verdiene wegen ihrer Gräßlichkeit die Todesstrafe. RG ZAKDR 1937, 182.
- 28) Kleinere unbewohnte Segel- oder Motorsportboote können auch nicht auf dem Wege über § 2 unter § 243 gerechnet werden. Das Urteil spricht sich generell über die "Grenzen der entsprechenden Anwendung von Strafgesetzen" aus. RGSt. 70, 360.
- 29) Da das Wesen der Begünstigung darin liegt, eine fremde Straftat zu begünstigen, läßt sich daran auch mit Hilfe des § 2 nichts ändern. RGSt. 70, 384.
- 30) Die Absicht der Begünstigung, die § 257 verlangt, kann nicht mit Hilfe des § 2 in Vorsatz umgedeutet werden. RG JW 1937, 3092.
- 31) Die Vortat der Begünstigung muß eine Straftat sein. § 2 gestattet keine Ausdehnung auf Ordnungsstraftaten. RGSt. 75, 234.

- 32) Gegen analoge Erweiterung des § 259: RGSt. 75, 29.
- 33) Nach RG JW 1937, 2698 ist § 266 n.F. überhaupt nicht analog erweiterbar.
- 34) § 271 ist nicht entsprechend auf Privaturkunden ausdehnbar. RGSt. 73, 243.

Weitere Fälle, bei denen § 2 verworfen wurde, werden behandelt in RGSt. 71, 223; 72, 187.

- 35) Zivilgefangene können nicht mit Hilfe des § 2 zu "Kriegsgefangenen" deklariert werden. Keine ungewollte Lücke des Gesetzes. RG DJ 1940, 1013.

Die Urteile, welche die Anwendbarkeit des § 2 gebilligt haben, sind einmal nicht sehr zahlreich, zum anderen größtenteils zu rechtfertigen. Es handelt sich um folgende Fälle:

- 1) § 164 ist entsprechend anwendbar, wenn der Täter jemanden bei einem Gauleiter verdächtigt hat. RGSt. 71, 222 (im Schrifttum allgemein gebilligt).
- 2) Beschimpfender Unfug, der gegenüber einer Leiche verübt wird, ist entsprechend § 168 zu bestrafen, wenn er in einer Leichenhalle begangen wird, die nicht als Friedhofskapelle dient. RGSt. 71, 323 (im Schrifttum gebilligt: "Der vorliegende Fall ist geradezu ein Musterbeispiel für Wesen und Notwendigkeit einer richterlichen Rechtsschöpfung, wie sie der neue § 2 StGB. vorsieht". Gallas ZA kDR 1938, 60).
- 3) Verführung zur Unzucht i.S. des § 175a Nr. 3 soll aufgrund des § 2 auch dann angenommen werden können, wenn der Minderjährige durch Alkohol in einen willenlosen oder bewußtlosen Zustand versetzt und dann, der Absicht des Täters entsprechend, zur Unzucht mißbraucht wird. RGSt. 75, 50 und 352 (Berechtigung des Analogieschlusses streitig -vgl. Kohlrausch StGB Anm. VII, 16 zu § 2).
- 4) Ausdehnung des § 176 Abs. 1 Nr. 2 auf Fälle, in denen eine Frau zum außerehelichen Beischlaf mißbraucht wird, die sich zwar nicht in einem bewußtlosen oder willenlosen Zustand befindet, aber plötzlich überrumpelt wird. RGSt. 73, 271 ff. Ein Frauenarzt hatte sich während der Behandlung an Patientinnen vergangen. Anwendung des § 2 im Schrifttum gebilligt.
- 5) Unhaltbar und im Schrifttum mit Recht beanstandet RG ZAkDR 1938, 316: "Verletzt der Täter das Scham- und Sittlichkeitsgefühl der Allgemeinheit, so ist § 183 entsprechend anwendbar, auch wenn das Tatbestandsmerkmal

der Öffentlichkeit fehlt". Der Angeklagte, ein vielfach vorbestrafter Sittlichkeitsverbrecher hatte sich mehrfach in einem Frauenabteil einer öffentlichen Bedürfnisanstalt eingeschlossen und durch ein Loch in der Wand der Entblößung der die Anstalt aufsuchenden Frauen zugeschaut, um seine Geschlechtslust zu erregen. - Gegen die Bestrafung aus §§ 183, 2 Mezger in seiner Anmerkung zu diesem Urteil: Er hielt den Vorsatz nicht für gegeben, trat aber für entsprechende Anwendung des § 185 ein. - Gegen das Urteil des RG ("verfehlt") auch Kohlrausch, Anm. VII, 16 zu § 2.

- 6) RG DR 1943, 751 verurteilte analog §§ 185, 186 einen Mann, der beleidigende Äußerungen über einen gefallenen Soldaten gemacht hatte. Wegen § 189 kaum haltbar.
- 7) RGSt. 75, 65 läßt bei Muntbruch i.S. des § 235 eine Fürsorgeeinrichtung anstelle der "Eltern" genügen. Im Schrifttum gebilligt.
- 8) RGSt. 75, 43 erklärt § 243 Abs. 1 für entsprechend anwendbar, wenn der Dieb ein Behältnis, das er aus einem Gebäude weggenommen hatte, in unmittelbarem Anschluß an die Wegnahme außerhalb des Gebäudes erbrochen hatte. - Im Schrifttum gebilligt.
- 9) Mitgenuß von Diebesbeute ist entsprechend § 259 strafbar. RGSt. 71, 341 f. - Im Schrifttum allgemein begrüßt.
- 10) Ein Täter, der ohne Einverständnis des Vortäters Sachen an sich gebracht hat, von denen er wußte oder den Umständen nach annehmen mußte, daß sie der Vortäter mittels einer strafbaren Handlung erlangt hatte, kann entsprechend § 259 bestraft werden. RGSt. 73, 151 f.
- 11) Nach dem § 265 in Verbindung mit § 2 ist auch der als Brandstifter zu bestrafen, der weder Eigentümer der in Brand gesetzten Sache noch auch Versicherungsnehmer oder Versicherter ist, zu dem Hof aber rein tatsächlich in einem Verhältnis steht, das ihn als den wahren Herrn des Hofes und den eigentlichen Nutznießer der Versicherungssumme erscheinen läßt. RGSt. 75, 60. Dazu Boldt DR 1941, 1147.
- 12) Die Benutzung von Kleiderkarten, die feindliche Flieger abgeworfen haben, kann nach §§ 267, 2 strafbar sein. RGSt. 76, 79.

Daraus ergibt sich, daß nur in verhältnismäßig wenigen Fällen die Anwendung des § 2 gedeckt worden ist. -

Wer diese Urteile unvoreingenommen prüft, wird die Haltung des Reichsgerichts mit Walter Sax als wahrhaft "weise" ansprechen müssen. Völlig undiskutabel ist eigentlich nur

das in der Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1938 S. 316 wiedergegebene Urteil des 5. Strafsenats vom 21. März 1938 § 183 StGB. betreffend.

Daß sich der Gerichtshof von dieser Linie nicht hat abbringen lassen, ist deshalb besonders verdienstvoll, weil in dem Schrifttum, das sich an die Inkraftsetzung des § 2 neuer Fassung angeschlossen hat, eine Unzahl maßloser, ja wilder Forderungen erhoben worden sind. Im Jahrbuch des Deutschen Rechts, Neue Folge 3. Band (1936) sind die in Betracht kommenden Autoren und ihre Publikationen¹⁾ aufgeführt.¹⁾ Die Strafsenate des Reichsgerichts haben sich dadurch nicht beirren lassen und sind auch bei ihrer Haltung verblieben, als von Seiten Freislers Vorwürfe kamen und einer der führenden nationalsozialistischen Strafrechtslehrer, W. Graf Gleispach (Berlin), ihnen vorhielt,²⁾ § 2 sei "als Durchbruch nationalsozialistischer Rechtsauffassung im Zweifel ausdehnend aber keinesfalls einschränkend auszulegen".

Diese besonnene und maßvolle Haltung hat dem Reichsgericht denn auch in der Nachkriegszeit lebhafte Anerkennung eingetragen. Im Jahre 1947 schrieb Hellmuth Mayer:³⁾

"Soweit die höchstrichterliche Rechtsprechung für sich allein in Betracht kommt, lassen sich gegen die unmittelbare Anwendung der Analogie vielleicht die wenigsten Bedenken erheben. Es entspricht sicherlich allgemeinem europäischem Rechtsempfinden, wenn in analoger Anwendung der beschimpfende Unfug an der unbestatteten Leiche und die Leichenschändung bestraft wird (zu § 168). Gleiches gilt für den überraschenden Mißbrauch einer auf dem Untersuchungsstuhl sitzenden Frau durch den Frauenarzt (zu § 176) oder für zahlreiche Fälle der Hehlerei an

1) a.a.O. S. 360 ff.

2) ZAKDR 1937, 183.

3) Das Analogieverbot im gegenwärtigen deutschen Strafrecht. SJZ 1947, 12 ff.

Ersatzsachen (zu § 259) und für erhöhte Strafbarkeit des Diebstahls an besonders befriedeten Sachen, auch wenn die ungeschickte Kasuistik des § 243 versagt. Die Urteile verletzen materiell auch nicht den Grundsatz von nulla poena sine lege, denn nur ein Täter, der zufällig Jurist war, konnte wissen, daß seine Tat nicht ausdrücklich vom Gesetz mit Strafe bedroht war. Vom Gesichtspunkt der zeitlichen Rückwirkung, aber eben nur für die Erstverurteilung bedenklich, ist etwa die Einbeziehung des störenden Telephonanrufes in den Hausfriedensbruch (§ 123) oder die Vernichtung von Bienenvölkern in § 304. Dagegen sind materiell anfechtbar mehrere Entscheidungen über Sittlichkeitsverbrechen, weil diese Bestimmungen eine ausdehnende Auslegung am wenigsten vertragen; aber von einer Gefährdung der individuellen Freiheit kann auch hier keine Rede sein. Die strafrechtliche Gleichstellung der Parteidienststellen und Amtswalter mit Behörden und Beamten stellt sogar den Versuch dar, eine Tätigkeit, welche sachlich Hoheitsverwaltung war, unter die gebührende strafrechtliche Kontrolle zu stellen. Dagegen hat sich die Partei, die ihr gesetzloses Treiben nicht beaufsichtigt wissen wollte, gewehrt und darum den Entwurf Gürtner, der die Frage gesetzlich klären sollte, zu Fall gebracht".

Von ganz besonderem Gewicht ist das Urteil, das 1948 Wolfgang Mittermaier gefällt hat:¹⁾ "Das Reichsgericht hat über die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen streng gewacht; es hat an der 'intellektuellen Redlichkeit' festgehalten, was man ihm sogar zum Vorwurf machte". - Mittermaier, zusammen mit Gustav Radbruch und Karl Renner (der spätere österreichische Bundespräsident), Herausgeber der "Justiz", war ein prominenter Vertreter des Linksliberalismus und hatte schon Anfang 1933 sein Amt aufgeben müssen. Daß er ein so günstiges Urteil über die Handhabung des § 2 n.F. durch die Strafsenate des Reichsgerichts gefällt hat, gereicht dem Gerichtshof zur Ehre.

1) In dem Aufsatz: "Über Analogie im Strafrecht". Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht. 63. Jahrgang S. 404.

Über die Meinung, die Walter Sax, der Verfasser der führenden Monographie über das Analogieverbot, geäußert hat, wurde schon gesprochen.

Sogar Friedrich Karl Kaul konnte nicht umhin, dem Reichsgericht - was seine Rechtsprechung zu § 2 n.F. StGB betrifft - eine gewisse Anerkennung zuzusprechen. Hatte es anfangs noch geheißen, die Strafsenate des Reichsgerichts hätten die "nazistischen Gesetze" alle "betont extensiv" ausgelegt,¹⁾ so wird jetzt festgestellt, sie hätten den § 2 einschränkend interpretiert.²⁾ Und ist an anderer Stelle von "vollständiger Integration des Reichsgerichts in das nazistische System" die Rede,³⁾ so wird dem Gerichtshof hier, bei § 2, Vorsicht und Zurückhaltung attestiert.⁴⁾ Der Widersprüche, die in diesen Aussagen liegen, ist sich Kaul offenbar gar nicht bewußt geworden.

3. Die Rolle, die der außerordentliche Einspruch und die Nichtigkeitsbeschwerde gespielt haben

Die Kritiker des Reichsgerichts haben gegenüber dem Gerichtshof den Vorwurf erhoben, mittels außerordentlichen Einspruchs und Nichtigkeitsbeschwerde seien rechtskräftige Urteile zum Nachteil der Angeklagten abgeändert bzw. verschärft worden. Ilse Staff spricht von "unzähligen Fällen"⁵⁾; Richard Schmid davon, "daß die Richterschaft und die Staatsanwälte im wachsenden Maße der Tendenz zur Unmenschlichkeit und Grausamkeit nachgaben..."⁶⁾; und die Bonner Rechts-

1) a.a.O. S. 25 f.

2) a.a.O. S. 161.

3) a.a.O. S. 240.

4) a.a.O. S. 164.

5) a.a.O. S. 226.

6) Aufsatz vom 4. Juni 1965 "Die Zeit", S. 30 Sp. 2.

anwältin Ursula Lantzke gelangte im Jahre 1970 zu der Feststellung, daß "gerade die Nichtigkeitsbeschwerde zuungunsten des Angeklagten im NS-Regime übel mißbraucht worden ist...".¹⁾

Was den außerordentlichen Einspruch angeht (eingeführt durch Gesetz vom 16. September 1939, RGBl. I, 1841), so ist Ilse Staff in einem Aufsatz, der 1964 in Heft 2 (S. 20 ff.) der Deutschen Hochschullehrer-Zeitung unter dem Titel "Richter und Rechtsprechung im Dritten Reich" veröffentlicht wurde, von einem Sachkenner bereits vorgehalten worden, daß sie kein zutreffendes Bild von der Sach- und Rechtslage entworfen hat.

Der "außerordentliche Einspruch" konnte gegen rechtskräftige Urteile der Strafgerichte eingelegt werden. Der "Besondere Strafsenat", der für die Entscheidung darüber zuständig war, kann dem Reichsgericht nur bedingt zugerechnet werden, da er sich dank seiner eigenartigen Zusammensetzung von dem bei dem Gerichtshof üblichen Modell (Besetzung der Spruchkörper ausschließlich mit Richtern des Reichsgerichts) total unterschied und einen Fremdkörper im Gerichtshof darstellte. Er trat zwar im Gebäude des Reichsgerichts zusammen, ihm gehörten auch der Präsident des Reichsgerichts (oder dessen Stellvertreter) sowie zwei Reichsgerichtsräte an, außerdem aber noch zwei von Hitler ernannte Mitglieder, die nicht der Befähigung zum Richteramt bedurften und nach rein politischen Gesichtspunkten ausgewählt wurden. In den Senat berufen wurden allerdings nur hohe Richter, und zwar solche, deren nationalsozialistische Zuverlässigkeit über jeden Zweifel erhaben war.

Es bedarf keiner besonderen Betonung, daß die dem Reichsgericht entstammenden Richter in diesem Gremium durch die beiden anderen Mitglieder unter politischen Druck gesetzt werden sollten. Entgegen der Behauptung von Ilse Staff,

1) Zeitschrift für Rechtspolitik Jg. 1970, 202 (11. Sp.).

daß dieser "Besondere Senat" in zahlreichen Fällen tätig geworden sei, muß festgestellt werden, daß von ihm nur ganz wenige Entscheidungen gefällt worden sind.¹⁾ Das gibt sogar Friedrich Karl Kaul zu: "Insgesamt waren es 19 Verfahren".²⁾ Dieses Rechtsmittel setzte voraus, daß der Oberreichsanwalt "wegen schwerwiegender Bedenken gegen die Richtigkeit des Urteils eine neue Verhandlung und Entscheidung in der Sache für notwendig hielt". Entsprechende Anträge sind nur selten gestellt worden, die auf dieses Rechtsmittel ergangenen Urteile stellten Einzelfälle dar und spielten in Anbetracht der starken Belastung der Strafsenate praktisch keine Rolle. Der "außerordentliche Einspruch" wurde überflüssig, als nach Thieracks Amtsübernahme die (bis dahin auf die Rüge sachlich-rechtlicher Mängel beschränkte) Nichtigkeitsbeschwerde auf die Nachprüfung der Beweisaufnahme und der Strafzumessung erweitert wurde.

Friedrich Karl Kaul hat dem für die Entscheidung außerordentlicher Einsprüche zuständigen "Besonderen Senat" zum Vorwurf gemacht, er habe bei seiner Urteilstätigkeit "in seiner Willfähigkeit gegenüber der Naziführung"³⁾ dem Oberreichsanwalt in keiner Weise nachgestanden. Er habe stets die Urteile gefällt, die man von ihm erwartete.

Zum Beweis für diese Behauptung hat Kaul fünf Fälle referiert, von denen aber nur einer unter die These "Willfähigkeit" zu bringen ist.

In dem ersten Fall, dem des Postfacharbeiters Max Gross, Vornahme unzüchtiger Handlungen mit einem Kinde betreffend, wurde zwar wegen einer sechsmonatigen Gefängnisstrafe der außerordentliche Einspruch eingelegt, vom Oberreichsanwalt

-
- 1) Darauf weist Hartung: "Jurist unter vier Reichen". Berlin 1971, S. 116 hin. Vgl. auch Brettle, Ein Jahr Nichtigkeitsbeschwerde, Deutsche Justiz 1941 S. 561 f. Daß der "außerordentliche Einspruch" nur selten erhoben worden ist, wird auch von Werner Johe a.a.O. S. 104 betont.
 - 2) Geschichte des Reichsgerichts Bd.IV Glashütten 1971 S.181.
 - 3) a.a.O. S. 182.

aber schon vor der Hauptverhandlung von einer Weisung bezüglich des Strafmaßes Abstand genommen, da möglicherweise eine Pubertätsstörung vorliege. Bevor es zur Verhandlung kam, wurde Gross auf der Flucht erschossen. - Wieso dieser Fall den "Besonderen Senat" belasten soll, bleibt unerfindlich.

Bei dem zweiten Fall handelt es sich um drei junge Polen, die beschuldigt waren, sich an einem 7-jährigen Mädchen unsittlich vergangen zu haben. In der ersten Instanz zu je 10 Jahren Zuchthaus verurteilt, wurden zwei von ihnen nach Einlegung des außerordentlichen Einspruchs vom "Besonderen Strafsenat" zum Tode verurteilt und hingerichtet. - Der Fall läßt sich ohne genaue Kenntnis der Akten nicht abschließend beurteilen.

In dem dritten Fall, dem des Polizeihauptwachtmeisters Wilhelm Klinzmann wurde der "außerordentliche Einspruch" zugunsten des Verurteilten eingelegt. Auch dieser Fall stellt keine wirkliche Belastung des "Besonderen Strafsenats" dar.

Das ist genau ebensowenig bei dem vierten der Fall, der den Hamburger Generalstaatsanwalt Drescher betraf. Gegen diesen wurde vor dem "Besonderen Strafsenat" Anklage wegen fahrlässiger Gefangenenbefreiung erhoben, und er wurde deswegen zu vier Monaten Gefängnis verurteilt. - Was der bei Kaul mit vollständiger Urteilsabschrift auf 13 Seiten behandelte Fall beweisen soll, ist unerfindlich.

Der fünfte Fall ist der vielerörterte Fall Schlitt. Er bildet das Hauptbeispiel dafür, daß der "außerordentliche Einspruch" in einigen Fällen zur Verschärfung eines auf Zuchthausstrafe lautenden Urteils benutzt worden ist. Er hatte folgende Vorgeschichte:¹⁾

1) Dazu ausführlicher die Schilderungen bei Joha a.a.O. S. 172 f. und bei Kaul a.a.O. S. 196 ff.

Am 14. März 1942 wurde der Bautechniker Ewald Schlitt von der Strafkammer des Landgerichts Oldenburg wegen Körperverletzung mit Todesfolge zu fünf Jahren Zuchthaus verurteilt. Er war beschuldigt worden, seine Ehefrau Jahre hindurch fortgesetzt so grob und brutal mißhandelt zu haben, daß sie im Oktober 1940, geschwächt wie sie war, einer leichten Erkrankung erlag. Nach Feststellung des Gerichts wäre der Tod ohne die fortgesetzten schweren Mißhandlungen nicht eingetreten. Die Anwendung der Gewaltverbrecherverordnung hatte das Gericht abgelehnt mit der Begründung, „er habe nicht rücksichtslos und kaltblütig gehandelt, sondern sei durch leichte Erregbarkeit zu den Mißhandlungen verleitet worden.

Als Hitler von diesem Urteil hörte, brauste er auf und bezeichnete es in großer Erregung als viel zu milde. Am 22. März 1942 äußerte er bei Tisch, "wenn weitere solche Urteile bei der Justiz herauskämen, (werde er) das Justizministerium durch ein Reichsgesetz zum Teufel schicken".¹⁾ Dem damaligen kommissarischen Reichsjustizminister Schlegelberger bedeutete er in einer Unterredung, es sei ihm unbegreiflich, wie man in einem Kriege derartig milde mit dem Verbrechertum umgehen könne und drohte schärfste Maßnahmen gegen die Justiz an, wenn sie ihre Einstellung nicht ändere. Vorher hatte er Schlegelberger telefonisch angewiesen, den außerordentlichen Einspruch einzulegen.²⁾ Brieflich teilte Schlegelberger Hitler mit, daß er das Verlangen nach härtester Bestrafung teile. Der Führer könne gewiß sein, daß die Richter den gleichen Willen hätten, und daß durch dauernde Belehrung auf die genügende Strafe in der Rechtsprechung gedungen würde.³⁾

1) Henry Picker, Hitlers Tischgespräche im Führerhauptquartier 1941-1942. Stuttgart 1963 S. 199.

2) Johe a.a.O. S. 173.

3) Johe a.a.O. S. 173.

Die Reaktion beim Reichsgericht war prompt. Schon am 31. März 1942 trat unter dem Vorsitz des Reichsgerichtspräsidenten Dr. Bumke der Besondere Senat zusammen und hob das Oldenburger Urteil auf. Auf Antrag des Reichsanwalts Dr. Kirchner verurteilte es Schlitt aufgrund der Gewaltverbrecherordnung zum Tode. In der Urteilsbegründung führte der Senat aus: "Die Gewalttätigkeit, die der Angeklagte gegen seine Frau begangen hat, enthält in ihrem letzten Teilakt auch alle Merkmale eines Verbrechens gegen § 1 Abs. 1 der Verordnung gegen Gewaltverbrecher. Dazu gehört, daß ein Gewaltverbrecher bei einer schweren Gewalttat Schuß-, Hieb- oder Stoßwaffen oder andere gleich gefährliche Mittel anwendet. Solches liegt hier vor. Die den Tod verursachende Mißhandlung der Frau durch ihren Ehemann ist verabscheuungswürdiger als sonstige Gewalttaten und deshalb eine 'schwere Gewalttat' im Sinne des bezeichneten Gesetzes. Bei dieser Gewalttat ist der Angeklagte ... in einer Art und Weise vorgegangen und hat in diesem Sinne 'Mittel angewendet', die gleich gefährlich sind wie die Anwendung von Schuß-, Hieb- oder Stoßwaffen. Auch hat sich der Angeklagte ... dadurch, daß er unberührt durch das schicksalsschwere Zeiterlebnis die Mutter seiner Kinder in dieser Weise 'zusammenschlug' in seinem Wesen als Gewaltverbrecher erwiesen, der nach dem gesunden Volksempfinden aus der Volksgemeinschaft, die in ihrem Lebenskampf durch solche grausige Taten nicht erschüttert und seelisch belastet werden darf, auszumerzen ist". Am 2. April 1942 wurde Schlitt hingerichtet. Hitler benutzte das Urteil des Landgerichts Oldenburg als Plattform für die große Abrechnung, die er am 26. April 1942 im Reichstag mit der deutschen Richterschaft abhielt. Unter Hinweis auf den Fall Schlitt erklärte er: "Ich werde von jetzt ab in diesen Fällen eingreifen und Richter, die ersichtlich das Gebot der Stunde nicht erkennen, ihres Amtes entheben... In dieser Zeit gibt es keine selbstheiligen Erscheinungen mit wohlerworbenen Rechten, sondern wir alle sind nur gemeinsame Diener an den Interessen unseres Volkes".

In der Polemik gegen das Reichsgericht spielt dieses Urteil in Sachen Schlitt eine große Rolle, wobei man gewöhnlich ganz außer Betracht läßt, daß der "Besondere Strafsenat" dem Gerichtshof - wie oben gezeigt - nur bedingt zugerechnet werden kann; er enthielt ja zwei Richter, die dem Reichsgericht nicht angehörten. Abgesehen davon ist zu fragen, was wohl geschehen wäre, wenn sich das Gericht dem Druck, der von oben her ausgeübt wurde, nicht gefügt hätte. Die fünf Richter wären nach einem solchen Fall von Unbotmäßigkeit von Hitler mit Sicherheit sofort aus dem Amt entfernt und womöglich sogar in ein Konzentrationslager verbracht worden. Hitler hätte vermutlich außerdem die Institution des "Besonderen Senats" aufgehoben und durch ein Gericht ersetzt, das ausschließlich mit von ihm ernannten Parteigängern besetzt gewesen wäre. Erwägungen solcher Art dürften eine Rolle gespielt haben, als sich die Mitglieder des "Besonderen Senats" dem Druck beugten, das Oldenburger Urteil aufhoben und den Angeklagten zum Tode verurteilten. Zum Märtyrer ist eben nicht jeder geboren, und Märtyrergestalten im Bereich der Justiz waren zu allen Zeiten eine Seltenheit - nicht nur im deutschen Volk, sondern in allen Nationen. -

Sehr viel häufiger als der außerordentliche Einspruch ist die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt worden. Dieses Mittel zur Aufhebung rechtskräftiger Urteile ist nach Beginn des Krieges durch die Verordnungen vom 21.2.1940 (RGBl. I, 105) und vom 13.3.1940 (RGBl. I, 489) geschaffen worden. In ihrer ursprünglichen Gestalt hatte sie die Aufgabe, die Möglichkeit einer rechtlichen Korrektur von Urteilen zu eröffnen, was vor allem für die Urteile der Sondergerichte von Bedeutung war, für die es bekanntlich kein Rechtsmittel gab. Die Strafsenate des Reichsgerichts hatten deshalb ebenso wie bei der Revision nur darüber zu entscheiden, ob das mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochtene Urteil "Fehler bei der Anwendung des Rechts auf die festgestellten Tatsachen" enthalte und deshalb "ungerecht" sei. Sie waren dabei an die tatsächlichen Feststel-

lungen des Vorderrichters gebunden. Ermessensentscheidungen, vor allem die Strafzumessung des Tatrichters nachzuprüfen, war ihnen verwehrt. Damit war für politische Eingriffe wenig Raum.

Wie schon angedeutet, änderte sich die Lage entscheidend, als Thierack im Jahre 1942 an die Spitze des Reichsjustizministeriums trat. Durch Verordnung vom 13.8.1942 (RGBl. I, 508) wurde das Rechtsmittel erweitert. Hinfort konnte mit der Nichtigkeitsbeschwerde auch gefordert werden, die tatsächlichen Feststellungen und die Strafzumessung von Strafurteilen zu überprüfen.

Einen Eindruck, wie die Strafsenate dieses Rechtsmittel handhabten, vermitteln nachstehende Entscheidungen:¹⁾

- 1) Ein Sondergericht hatte den Angeklagten wegen Beleidigung in Verbindung mit § 4 Volksschädlingsverordnung²⁾ verurteilt, weil er mit der Ehefrau eines zum Kriegsdienst eingezogenen Mannes Ehebruch begangen hatte. Der III. Strafsenat stellte das Verfahren ein, weil der betrogene Ehemann den Ehebruch verziehen hatte (RGSt. 74, 380 ff.).
- 2) Der gleiche Senat hob ein Urteil des Sondergerichts Kiel auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung zurück, weil es die Angeklagten u.a. nach der schweren Strafvorschrift des § 4 VolksschädlingsVO verurteilt hatte. Für den erkennenden Senat war der Nachweis, daß die Angeklagten Volksschädlinge im Sinne des § 4 a.a.O. waren, nicht erbracht. (RGSt. 76, 49 ff.).

¹⁾ Die entsprechenden Entscheidungen lassen sich an den "C"- Aktenzeichen gegenüber den Revisionssachen ("D"- Sachen) leicht erkennen. Vgl. auch Hartung a.a.O. S. 109.

²⁾ § 4 der Verordnung gegen Volksschädlinge vom 5.9.1939 (RGBl. I, 1679) lautete:
"Wer vorsätzlich unter Ausnutzung der durch den Kriegszustand verursachten außergewöhnlichen Verhältnisse eine sonstige Straftat begeht, wird unter Überschreitung des regelmäßigen Strafrahmens mit Zuchthaus bis zu 15 Jahren, mit lebenslangem Zuchthaus oder mit dem Tode bestraft, wenn dies das gesunde Volksempfinden wegen der besonderen Verwerflichkeit der Straftat erfordert."

- 3) Mit der Nichtigkeitsbeschwerde hatte der Oberreichsanwalt das Urteil des Sondergerichts Hagen angefochten, das den Angeklagten wegen Mordes zum Tode verurteilt hatte. Der IV. Strafsenat (RGSt. 76, 297 ff.) hob das Urteil auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung zurück. Das Todesurteil wurde nicht bestätigt und eine neue Tatsacheninstanz eröffnet.
- 4) Mit dem Problem der Todesstrafe setzte sich der IV. Strafsenat im Beschluß vom 20. April 1943 (RGSt. 77, 24 ff.) erneut auseinander. Der Oberreichsanwalt hatte bemängelt, entsprechende Ausführungen enthalte die Entscheidung des Sondergerichts nicht. Auf zwei Druckseiten (S. 27/28) legten die Richter einen Katalog von Gesichtspunkten dar, die das Sondergericht bei Prüfung dieser Frage zu beachten habe. Der Hinweis an das Sondergericht, "ob die schwerste Strafe ... auf die Angeklagte anzuwenden ist oder die Sicherungsverwahrung der Täterin auch mit Rücksicht auf das Schutz- und Sühnebedürfnis ausreicht", läßt die Zurückhaltung des Senats in dieser Frage deutlich erkennen.
- 5) Ein Todesurteil des Sondergerichts München I hob der I. Strafsenat (RGSt. 77, 153 ff.) wegen Verfahrensfehler auf. Der Angeklagte war weder durch einen Wahl- noch durch einen Pflichtverteidiger ordnungsgemäß verteidigt worden. Zum Pflichtverteidiger war in der Verhandlung ein zufällig im Gerichtssaal anwesender Rechtsanwalt bestellt worden. Der Senat begründete seine Auffassung mit der Aufgabe des Verteidigers, der berufen sei mitzuwirken, "daß ein gerechtes Urteil gefunden wird. Diese Aufgabe kann er nur dann erfüllen, wenn er den Sachverhalt ausreichend kennt, wenn er darüber unterrichtet ist, wie sich der Angeklagte zu der Anklage verhält, und ein klares Bild von den Möglichkeiten gewonnen hat, die für eine sachgemäße Verteidigung bestehen" (S. 155). - Diese Begründung, mit der das Todesurteil aufgehoben wurde, spricht für sich selbst!
- 6) Aufgrund der Nichtigkeitsbeschwerde sprach der I. Strafsenat am 2. März 1943 (RG DR 1943, 584 Nr. 1) die Angeklagte von dem Vorwurf des verbotenen Umgangs mit Kriegsgefangenen frei - eine erfreuliche Korrektur des amtsgerichtlichen Urteils.

Die einzige Entscheidung, die von dieser Linie abwich, war ein Urteil des IV. Strafsenats vom 4. Dezember 1942 (RG DR 1943 S. 236 Nr. 6). Hier bestätigte der Senat die Todesstrafe gegen einen Polen, der ein Sittlichkeitsverbrechen gegenüber einer Deutschen verübt hatte. Durch § 1 des Gesetzes zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuches vom 4. Sept. 1941 (RGBl. I, 549) war die Todesstrafe für derartige Delikte möglich geworden. Sie wurde mit einer Be-

gründung gebilligt, die dem Senat nicht zur Ehre gereicht: Die Anwesenheit der polnischen Arbeitskräfte "stelle eine große rassische Gefahr dar", deshalb könne "dem Schutzbedürfnis des deutschen Volkes ... nur durch die Todesstrafe genügt werden". - Das Urteil stellt aber einen bedauerlichen Einzelfall dar.

Die schweren Vorwürfe, die gegen die Handhabung der Nichtigkeitsbeschwerde erhoben wurden, sind somit - von einigen wenigen Ausnahmen abgesehen - unbegründet. Von Urteilen, die in "unzähligen Fällen" "willkürlich abgeändert"¹⁾ wurden, kann überhaupt keine Rede sein. Und die Behauptung von Lantzke, die Nichtigkeitsbeschwerde sei zuungunsten der Angeklagten "übel mißbraucht"²⁾ worden, ist ebenfalls völlig fehlgehend.

Die Nichtigkeitsbeschwerde führte ganz überwiegend zu günstigen Entscheidungen für die Angeklagten³⁾. Die Versuche der obersten Justizverwaltungsbehörde, Todesurteile, denen sich die Sondergerichte widersetzt hatten, auf dem Umweg über die Nichtigkeitsbeschwerde doch noch zu erreichen, sind zum weit überwiegenden Teil am Widerstand der Strafsenate des Reichsgerichts gescheitert. "Nur in einer verschwindend geringen Anzahl besonders schwerwiegender Fälle hat das RG. in der Zeit von September 1942 bis zum Kriegsende auf Nichtigkeitsbeschwerde hin auf Todesstrafe erkannt."⁴⁾ Den Anträgen des Oberreichsanwaltes, Todesstra-

1) Staff a.a.O. S. 226.

2) Lantzke ZRP 1970, 202.

3) so z.B.: RGSt. 75, 243 (Aufhebung); 75, 302 (Einstellung); RG DR 1941, 924 Nr. 3 (Einstellung); RG HRR 1942 Nr. 136 (Aufhebung; RGSt. 77, 131 (Aufhebung); 77, 246 (Todesurteil aufgehoben); 77, 359 (Einstellung); 77, 382 (Freispruch).

4) So die Feststellung in der Deutschen Hochschullehrer-Zeitung 12. JG. (1964) S. 22.

fen zu verhängen, stand das Reichsgericht mit größter Zurückhaltung gegenüber.¹⁾ In der Regel wurden sie abgelehnt. Lediglich in den letzten Kriegsjahren und in seltenen - vereinzelt - Fällen²⁾ wurde ihnen bei besonders schweren Verstößen³⁾ gegen die Vorschriften der Kriegsgesetzgebung stattgegeben.

Aus der ablehnenden Haltung der Strafsenate gegenüber der Todesstrafe resultierten starke Spannungen zwischen dem Gerichtshof und dem Reichsjustizministerium. Der III. Strafsenat erhielt von dort den Hinweis, er werde sich "wahrscheinlich demnächst im KZ wiederfinden"⁴⁾; Senatspräsident Dr. Vogt wurde gerade wegen seiner ablehnenden Einstellung zu den Forderungen des Ministeriums in den Ruhestand versetzt und der von ihm geleitete II. Strafsenat aufgelöst.

Diese Tatsachen sind der beste Beweis, daß die Vorwürfe gegen die Strafsenate des Reichsgerichts, soweit sie sich auf die Handhabung des außerordentlichen Einspruchs und der Nichtigkeitsbeschwerde stützen, unberechtigt sind.

1) Hartung a.a.O. S. 114.

2) Hartung a.a.O. S. 115.

3) Vgl. z.B. RG DR 1944, 537 Nr. 17

4) Hartung a.a.O. S. 116.

4. Das Reichsgericht und das Blutschutzgesetz.

Besonders scharfer Tadel ist dem Reichsgericht wegen seiner Rechtsprechung zum sogen. Blutschutzgesetz zuteil geworden. Dieses ^Blutschutzgesetz, genauer: "Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre" wurde am 15. September 1935 als eines der "Nürnberger Gesetze" beschlossen.¹⁾ Es enthielt vier Strafvorschriften: in § 1 ein Verbot der Eheschließung zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes; in § 2 ein Verbot "außerehelichen Verkehrs" zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes; in § 3 ein Verbot der Beschäftigung weiblicher Staatsangehöriger deutschen oder artverwandten Blutes unter 45 Jahren in jüdischen Haushalten und in § 4 ein Verbot der Hissung der Reichs- und Nationalflagge und des Zeigens der Reichsfarben durch Juden. Wer dem Verbot des § 2 zuwiderhandelte, konnte nicht nur mit Gefängnis, sondern auch mit Zuchthaus bestraft werden.

I. Das Reichsgericht und der Begriff des "außerehelichen Verkehrs" im Sinne des Blutschutzgesetzes.

Dem Reichsgericht ist nun zum Vorwurf gemacht worden, den Begriff "außerehelichen Verkehrs" im Sinne des § 2 überspannt, die Grenzen der Versuchsbestrafung unnötig erweitert und in Widerspruch zu den §§ 2 und 4 StGB auch Auslandstaten bestraft zu haben.

Auf der schon mehrfach erwähnten Tagung der Friedrich-Ebert-Gesellschaft vom Januar 1962 hat Richard Schmid erklärt: "So gereichte es dem 2. und 3. Strafsenat des Reichsgerichts zur Schande, daß sie schon vor dem Krieg bei den Delikten gegen die Nürnberger Gesetze zum Schutze des deut-

1) RGBI. I, 1146 ff.

schen Blutes und der deutschen Ehre durchaus überflüssige, vom Wortlaut und vom Zweck des Gesetzes gar nicht gedeckte Schärfungen durchsetzten. So etwa, daß der Geschlechtsverkehr im Ausland oder schon die Aufforderung zum Geschlechtsverkehr als Rassenschande oder versuchte Rassenschande angesehen wurden".¹⁾ Und Friedrich Karl Kaul hielt dem Gericht in seiner "Geschichte des Reichsgerichts"²⁾ vor, es habe weit über die Normierungen des Gesetzes hinausgehende Straftatbestände der Rassenschande dadurch geschaffen, "daß es auf den Geschlechtsverkehr zwischen Juden und Nichtjuden als 'Unzucht' die von ihm auf dem Gebiet der sogenannten Sittlichkeitsdelikte praktizierten Rechtsprechungselemente anwandte, die auf Grund erzreaktionärer Moralauffassung die Strafbarkeitsmöglichkeit in extenso erweiterten. Zugleich wurde der Geschlechtsverkehr zwischen im Ausland lebenden Juden und Nichtjuden für strafbar .. erklärt....".

Diese Vorwürfe entbehren nicht einer gewissen Berechtigung.

Vorweg muß klargestellt werden, daß in Durchführung und Ergänzung des Blutschutzgesetzes am 14. November 1935 eine Ausführungsverordnung³⁾ erlassen wurde, in deren § 11 bestimmt wurde:

"Außerehelicher Verkehr im Sinne des § 2
des Gesetzes ist nur der Geschlechtsverkehr".

Die einschlägigen Urteile haben ihren Entscheidungen dementsprechend nicht den Begriff "außerehelicher Verkehr", sondern den Begriff "Geschlechtsverkehr" zu Grunde gelegt.

Als Ende 1936 die ersten zwei Fälle an das Reichsge-

1) a.a.O. S. 70.

2) Band IV S. 13.

3) Diese Ausführungsverordnung wurde übrigens "mit Rücksicht auf ihre besondere Bedeutung" (unter Gegenzeichnung des Reichsministers des Inneren und der Justiz sowie des Stellvertreters des Führers) vom Führer und Reichskanzler selbst erlassen. Brandis a.a.O. Anm. zu § 6 Blutschutzgesetz.

richt kamen, bei denen es um die Auslegung dieses Begriffs "Geschlechtsverkehr" ging, eines Begriffs, der erstmalig in der Gesetzessprache erschien, sah der Stand der Meinungen im Schrifttum folgendermaßen aus:

1. Nur an einer einzigen Stelle des Schrifttums - in der 1. Auflage des Kommentars von Lösener-Knost zu den Nürnberger Gesetzen (1936) - wurde er auf den Begriff des "Beischlafs" eingeschränkt. Den beiden Autoren dieses Kommentars wurde sofort entgegengehalten, Schutzobjekt des Blutschutzgesetzes sei nicht nur die Bewahrung der Reinheit des deutschen Blutes, vielmehr auch Schutz der deutschen Ehre, und mit einer solchen Zweckbestimmung sei eine derartige Einengung des Begriffs nicht vereinbar. In der 2. Auflage ihres Erläuterungswerkes sind Lösener-Knost dann auch von dieser Auffassung abgegangen.

2. Dieser Ansicht diametral entgegengesetzt war die Meinung, "Geschlechtsverkehr" im Sinne des Blutschutzgesetzes bedeute jede intime körperliche Berührung zwischen Deutschblütigen und Juden, die mit dem Zweck der Befriedigung der Geschlechtstlust erfolgt sei. Diese Auffassung wurde damit begründet, daß es der Zweck des Gesetzes sei, Angehörige der beiden Rassen vollständig auseinanderzuhalten und sie voneinander zu isolieren. Diese Meinung wurde aber nur von wenigen vertreten, vor allem von Siebert-Meyer.¹⁾

3. Die Lehre, die im Jahre 1936 herrschend wurde, schlug einen Mittelweg ein. Als "Geschlechtsverkehr" im Sinne des § 2 des Blutschutzgesetzes ließ sie nicht jede unzüchtige

1) In "Jugend und Recht" 1936 S. 116. Weitere Autoren zu dieser Auffassung bei Heinz Becker: Die Rassenschande (§ 2 des Gesetzes zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre). Diss. Gießen 1937 S. 22. - Richard Schmid hat in der "Kritischen Justiz" 1973 S. 236 behauptet, das Reichsgericht habe "die schärfste Auslegung des sogenannten Blutschutzgesetzes vertreten". Das ist für die Auslegung des Begriffs "Geschlechtsverkehr" falsch. Wie schon Marianne Sigg in ihrer Züricher Diss. festgestellt hat, hat es sich auf den Boden einer "Mittelmeinung" gestellt.

Handlung oder auch nur intime Berührung gelten, sie forderte vielmehr eine beischlafsähnliche Handlung.

Einer der ersten, die sich - noch im Jahre 1935 - umfassend zu den Nürnberger Gesetzen äußerten, war Amtsgerichtsrat Massfeller, einer der Sachbearbeiter im Reichsjustizministerium.¹⁾ In einem Aufsatz, der Anfang Dezember 1935 erschien, erklärte er, durch § 2 des Blutschutzgesetzes würden nicht alle unzüchtigen Handlungen im Sinne etwa des § 174 StGB erfaßt, sondern nur der Geschlechtsverkehr im eigentlichen Sinne; denn nur durch ihn könne eine ras- sisch unerwünschte Blutmischung vermittelt werden. Anderer- seits sei es aber nicht zulässig, nur den Beischlaf als ver- boten anzusehen; auch der regelwidrige (perverse) Geschlechts- verkehr werde durch das Verbot erfaßt.

Im Juli 1936 meldete sich in dem Amtsblatt des Reichs- justizministeriums, der Deutschen Justiz²⁾, ein zweiter Sachbearbeiter zu Wort, der Landgerichtsrat Dr. Kuhn. In einem Aufsatz über "Das Blutschutzgesetz in der strafrecht- lichen Praxis" sprach er sich eingehend über den Begriff des "Geschlechtsverkehrs" aus und vertrat unter Berufung auf den Gesetzeszweck gleichfalls eine mittlere Linie, nämlich Beschränkung auf beischlafsähnliche Handlungen.

Auf diese Linie schwenkten im Laufe des Jahres 1936 dann auch die führenden Kommentare ein. So z.B. wurde in der in diesem Jahre erschienenen 1. Auflage des Kommentars von Gütt-Linden-Massfeller zum Blutschutz- und Erbgesund- heitsgesetz gelehrt, durch § 2 des Blutschutzgesetzes wür- den nicht "alle unzüchtigen Handlungen im Sinne etwa des § 174 StGB erfaßt, sondern nur der Geschlechtsverkehr im eigentlichen Sinne. Andererseits wird man aber nicht so weit gehen dürfen, nur den Beischlaf im Sinne etwa des

1) JW 1935, 3417 ff.

2) Jg. 1936, 1005 ff.

§ 173 StGB als verboten anzusehen; auch der regelwidrige (perverse) Geschlechtsverkehr wird durch das Verbot erfaßt. Auch beischlafsähnliche Handlungen fallen unter das Verbot, insbesondere die gegenseitige Onanie¹⁾. Und bei Stuckart-Globke hieß es in der ebenfalls 1936 erschienenen 1. Auflage des bekannten Kommentars zu den nationalsozialistischen Rassegesetzen: "Außerehelicher Verkehr im Sinne des § 2 ist nur der Geschlechtsverkehr (§ 11 Satz 1 der Ersten AVozBlSchG.). Unter Geschlechtsverkehr ist zwar nicht nur der Beischlaf, das heißt die natürliche Vereinigung der Geschlechtsteile, zu verstehen, sondern auch beischlafähnliche Handlungen, z.B. gegenseitige Onanie. Im Hinblick auf den Zweck des Verbots, mischrassige Nachkommenschaft zu verhüten, verbietet sich aber jede hierüber hinausgehende Auslegung des Begriffs Geschlechtsverkehr; sonstige Handlungen erotischer Art, z.B. Küsse, Umarmungen, unzüchtige Berührungen, fallen nicht unter das Verbot".²⁾

Zu der gleichen Auffassung bekannte sich Ernst Brandis, Ministerialrat im Reichsjustizministerium (ab 1. Januar 1937 Senatspräsident beim Reichsgericht), in seinem 1936 erschienenen Erläuterungswerk zu den Ehegesetzen von 1935: "Als 'Geschlechtsverkehr' ist nicht nur der normale, durch Vereinigung der Geschlechtsteile bewirkte Verkehr (Beiwohnung), sondern auch jeder regelwidrige Geschlechtsverkehr, wie z.B. wechselseitige Onanie, verstanden. Dagegen werden bloße Küsse, Umarmungen und sonstige Berührungen nicht hierher zu rechnen sein, da es sich hierbei nicht um einen 'Geschlechtsverkehr' in dem allgemein gebräuchlichen Sinne handelt".³⁾

In diese Linie ordnete sich 1936 auch ein prominentes Mitglied des Reichsgerichts ein, der durch seinen Handkom-

1) 1. Auflage (1936) S. 235.

2) 1. Auflage (1936) a.a.O. S. 112.

3) Brandis a.a.O. S. 77.

mentar zum Strafgesetzbuch jedem Juristen bekannte Reichsgerichtsrat Otto Schwarz. In einem Aufsatz, der im Juniheft 1936 der Deutschen Juristen-Zeitung unter dem Titel: "Die Rassenschande in der strafrechtlichen Praxis" erschien, erklärte auch er sich gegen eine Beschränkung des Tatbestandes auf Beischlafshandlungen.¹⁾ Beischlafsähnliche Handlungen, so sagte er, reichten aus. Bloße Unzüchtigkeiten, z.B. Betasten der Brüste und Küsse, seien andererseits nicht ausreichend.

4. Als sich Ende 1936 das Reichsgericht mit der Frage zu befassen hatte, stand es somit im Schrifttum einer geschlossenen Front gegenüber. Ganz ohne Zweifel wäre viel Unheil verhütet worden, wenn sich der Große Senat für Strafsachen in seiner Sitzung vom 9. Dezember 1936 für die engste Deutung - "Geschlechtsverkehr" gleich "Beischlaf" - entschieden hätte. Es darf angenommen werden, daß diese Möglichkeit bei den Beratungen mit in Erwägung gezogen worden ist. Aber da gab es die einhellige Meinung im Schrifttum, die eben weiter ging, und wenn man sich gegen die herrschende Ansicht stellte, konnte das leicht als feindselige Haltung gegen eine der Grundpositionen des Nationalsozialismus gedeutet werden. Der Begriff der "Rasse" war nun einmal "zentraler Begriff der nationalsozialistischen Ideologie".²⁾ In einer Rede vom 20. März 1934 hatte der Reichsrechtsführer Hans Frank die Rasse als "Substanzwert der Nation" und sie zwei Jahre danach als "Ursprung, Träger und Ziel des deutschen Volksrechts" bezeichnet. Und schon auf dem Leipziger Juristentag von 1933 hatte er verkündet: "Wir werden mit allen Mitteln die deutsche Rasse in Zukunft auch rechtlich dadurch schützen, daß wir den deutschen Menschen schützen werden gegen Bedrohung durch anders geartete mindere Rassen".

1) a.a.O. S. 721 ff.

2) Johe a.a.O. S. 15. - Siehe dazu auch Horst Göppinger: Die Verfolgung der Juristen jüdischer Abstammung durch den Nationalsozialismus. Villingen 1963 S. 16.

Daß es hier um eine Grundposition des Nationalsozialismus ging, wurde den Mitgliedern des Großen Senats in letzter Minute noch einmal nachdrücklich vor Augen geführt.

In einem Aufsatz, der im November-Dezember-Heft der Zeitschrift "Deutsches Strafrecht" erschien¹⁾ und nachweislich bereits ausgeliefert war, als die Leipziger Richter ihre Entscheidung vorbereiteten, hatte ihnen Roland Freisler noch einmal scharf ins Gewissen geredet:

"Unter den Gesetzen des Reichsparteitages der Freiheit gebührt der Rang völkischen Grundrechtes vor allem der Blutschutzgesetzgebung".

Der Führer, so führte Freisler weiter aus, habe dem deutschen Volk gelehrt, den Schutz von Rasse und Erbgut zu einem Kernpunkt des Strafrechts zu machen. Das deutsche Blut sei der Kern unseres Volkslebens, der - einmal verlorengegangen - nicht wieder ersetzt werden könne. Deshalb sei das Blutschutzrecht des deutschen Volkes auch "der Kern seines Grundrechtes":

"Das müssen sich alle, die an der Durchsetzung des nationalsozialistischen Rechtsgedankens im Volksleben mitzuarbeiten haben, immer wieder vor Augen halten. Das muß und kann ihnen allen ihr niemals irreführender Leuchtturm bei allen ihren Maßnahmen sein. Aus dieser Einstellung heraus ergibt sich die Lösung aller Fragen, die in der Blutschutzrechtsprechung der Gerichte auftauchen können".²⁾

Das war ein deutlicher Wink, der nicht mißverstanden werden konnte. Unter dem Druck dieser offiziellen Äußerung und in Anbetracht der Tatsache, daß nach dem Umfall des Kommentars von Lösener-Knost nicht ein einziger Autor von

1) a.a.O. S. 385 ff.

2) a.a.O. S. 389 (vom Verf. unterstrichen).

Namen und Rang mehr für die restriktive Deutung des Begriffs eintrat, hat auch das Reichsgericht den Mittelweg beschritten, der ihm vorgezeichnet worden war.¹⁾

In seinem Beschluß vom 9. Dezember 1936 (RGSt. 70, 375 ff.) hat der Große Senat für Strafsachen eine Einschränkung auf Beischlafshandlungen ebenso abgelehnt wie eine Ausdehnung auf durch den Geschlechtstrieb motivierte Betätigungen jeder Art - "unzüchtige Handlungen" schlechthin. Der Entscheidung des Großen Senats wurde folgender Leitsatz vorangestellt:

"Der Begriff Geschlechtsverkehr im Sinne des Blutschutzgesetzes umfaßt nicht jede unzüchtige Handlung, ist aber auch nicht auf den Beischlaf beschränkt. Er umfaßt den gesamten natürlichen und naturwidrigen Geschlechtsverkehr, also außer dem Beischlaf auch alle geschlechtlichen Betätigungen mit einem Angehörigen des anderen Geschlechtes, die nach der Art ihrer Vornahme bestimmt sind, an Stelle des Beischlafs der Befriedigung des Geschlechtstriebes mindestens des einen Teiles zu dienen".

Der Große Senat hat sich für diese Auslegung (mit verhältnismäßig kurzer Begründung) auf den Zweck des Gesetzes berufen. Dieses diene ja nicht nur dem Schutz des deutschen Blutes, sondern auch dem Schutz der deutschen Ehre. Diese erfordere aber, daß ebenso wie der Beischlaf "auch solche geschlechtliche Betätigungen - Handlungen und Duldungen - zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes unterbleiben, durch die der eine Teil seinen Geschlechtstrieb auf einem anderen Wege als durch Vollziehung des Beischlafs befriedigen will". Mit dem Ausdruck "Beischlaf" habe man den Begriff des "Geschlechtsverkehrs"

1) Daß es sich um eine "mittlere Linie", also einen Kompromiß, handelte, hat mit Recht auch eine schweizerische Autorin betont: Marianne Sigg: Das Rassestrafrecht in Deutschland in den Jahren 1933 - 1945 unter besonderer Berücksichtigung des Blutschutzgesetzes. Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft. NF. Heft 170. Aalen 1951.

im Sinne des § 2 deshalb nicht gleichsetzen können, weil der Gesetzgeber von einer etwa möglichen Befruchtung erkennbar nicht ausgegangen sei.

Aus dem Innenministerium wurde die Entscheidung sofort lebhaft begrüßt. Im Januarheft 1937 der Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht bemerkte der Oberregierungsrat Dr. Globke zu dem Beschluß: "Die Entscheidung ist zu begrüßen, zumal sie dazu dienen wird, unerwünschte geschlechtliche Beziehungen zwischen Juden und Deutschen zu erschweren und Umgehungen des Blutschutzgesetzes zu verhüten".¹⁾

Daß sich der Große Senat nicht für die engste Deutung entschieden hat, ist ihm von vielen verdacht worden. Aber man darf nicht vergessen, in welcher Lage sich seine Mitglieder befanden.

Als im Jahre 1935 die Institution der Großen Senate geschaffen wurde, machte ihnen der Gesetzgeber zur Pflicht, "bei der Auslegung des Gesetzes dem durch die Staatserneuerung eingetretenen Wandel der Lebens- und Rechtsanschauung Rechnung zu tragen"²⁾. Die Rassegesetzgebung markierte deutlicher als alles andere den Wandel, der eingetreten war. Die Rechtsprechung dazu wurde vom Parteiapparat, von der Parteipresse und natürlich auch vom Reichsjustizministerium mit größter Aufmerksamkeit verfolgt. Eben darum hatte erst am 2. April 1936 der Reichsjustizminister an alle deutschen Staatsanwaltschaften eine Rundverfügung gerichtet, in der es u.a. hieß, es komme darauf an, daß die Rechtsprechung die Nürnberger Gesetze mit "höchster Tatkraft" durchsetze.³⁾ Der Große Senat mußte damit rechnen, daß ein Einschwenken auf den mildesten Standpunkt als Provokation und als Sabo-

1) a.a.O. S. 56.

2) Neufassung des § 137 GVG durch Art. II des Gesetzes vom 23.6.1935.

3) Die Rundverfügung ist bei Freisler a.a.O. S. 386 f. a gedruckt.

tage dieser Gesetzgebung aufgefaßt werden würde und tiefgreifende Folgen nach sich ziehen könne, ähnlich wie nach dem Urteil im Reichstagsbrandprozeß.

Auf der anderen Seite war die Reaktion des Auslandes auf die Nürnberger Gesetze merkwürdig zurückhaltend gewesen. Man hätte erwarten dürfen, durch die ausländische Presse werde ob dieser beispiellosen Entrechtung und Diffamierung einer hilflosen Minderheit ein Schrei der Entrüstung gehen. Dem war aber gar nicht so. Wenn die Nürnberger Gesetze in den Demokratien des Westens mit einem Proteststurm beantwortet worden wären, hätte man - um die Olympiade nicht zu gefährden - in der Führung der NSDAP wohl oder übel kürzer treten müssen. Das hätte dann auch in der Justiz diejenigen Kräfte ermutigt, die entschlossen waren, den Spielraum der im September 1935 beschlossenen Ausnahmegesetze so weit wie nur irgend möglich einzuengen und zu beschränken.

Wie lau die Reaktion auf diese entwürdigende Ausnahmegesetzgebung beispielsweise in der britischen Presse war, hat 1964 ein englischer Autor, Andrew Sharp, in einem Buch über: "The British Press and Jews under Nazi Rule" gezeigt.¹⁾ Da konnte man etwa lesen: "Eine gewisse Entschuldigung für die Judenfeindlichkeit der Deutschen mag darin liegen, daß Juden aus Polen und den Baltischen Staaten zu Zehntausenden Deutschland überfluteten, während es 1919 am Boden lag und zerstückelt war". An anderer Stelle hieß es: "Es ist eine Tatsache, daß die jüdische Vorherrschaft in Presse und Theater eine rein materialistische Lebensauffassung nach Deutschland hineintrug, was zur Folge hatte, daß die hohen nationalen Ideale, welche früher das deutsche Volk einigten, verfälscht wurden". Damals schrieb eine Zeitung auch: "Die unbezweifelbare antisoziale Wirksamkeit der Judenschaft, zusammen mit ihrer anerkannten kommerziellen Fähigkeit, macht die Juden zu der bestgehaßten Rasse auf der Erde".

1) Einzelnachweise bei Sharp S. 36 ff.

Diese und viele ähnliche Äußerungen in der damaligen britischen Presse konnte der Leser nur dahin verstehen, daß Hitler und die Deutschen einigen Grund für ihren Antisemitismus hätten. Nicht genug damit - angesehene Zeitschriften wie der "New Statesman" und der "Spectator" hielten es sogar für richtig, in einem Augenblick höchster Gefährdung der deutschen Juden von durchgreifenden Unterschieden auch zwischen englischer und jüdischer Mentalität zu sprechen. So schrieb am 3. Januar 1936 der "Spectator":¹⁾ "Es ist vollständig richtig (die Nazis haben hier recht), daß die jüdische Mentalität eine Sache für sich ist. Sogar diejenigen Engländer, die ihren jüdischen Freunden von Herzen zugetan sind, müssen sich gelegentlich tief bewußt werden, welcher Gattungsunterschied.. jene trennt. Man könnte nicht wünschen, daß England in der Welt nur oder auch bloß hauptsächlich durch Juden repräsentiert werde; denn dann würde es aufhören, England zu sein...". Einige Tage nach der Verkündung der neuen Rassegesetzgebung bezweifelte der "News Chronicle" sogar, daß Hitler die neuen Gesetze drastisch durchführen werde. Die Juden seien durch sie auch kaum schlechter gestellt als vorher. Und der sonst so gut informierte "Economist" meldete am 21. September 1935, praktisch gebe es in Deutschland antijüdische Gefühle nur unter den "Naziführern". Die Gesetze hätten wenig Beachtung in der Öffentlichkeit gefunden, und ihre praktische Bedeutung sei sehr gering.

Was die Nürnberger Gesetze für die Juden bedeuteten, begriff man einfach nicht oder wollte es nicht sehen. Man zog es vor, die Augen vor diesem ungeheuerlichen Geschehen mehr oder minder zu verschließen. Kein Wunder, daß in Deutschland diejenigen Kräfte, die den radikalen Vorkämpfern des Antisemitismus Einhalt gebieten und sie bremsen wollten, zu Ohnmacht verurteilt waren. Wenn sich nicht einmal die öffentliche Meinung des Auslandes über diese Gesetze aufregte - wie sollte sich dann in Deutschland Widerstand dagegen entwickeln?

1) Sharp a.a.O. S. 195.

Durch die Leitsätze, die der Reichsrechtsführer Frank am 14. Januar 1936 veröffentlicht hatte¹⁾, war den deutschen Richtern nochmals eingeschärft worden, was im Grunde für den neuen Staat eine Selbstverständlichkeit war: "Grundlage der Auslegung aller Rechtsquellen ist die nationalsozialistische Weltanschauung, wie sie insbesondere in dem Parteiprogramm und den Äußerungen des Führers ihren Ausdruck findet". Wie früher dargelegt, ist der Richter in jedem autoritären Staat gehalten, an der Entfaltung der Staats- und Gesellschaftsordnung tatkräftig mitzuarbeiten. Von den bei Auslegung und Anwendung des Rechts bestehenden Möglichkeiten hat er immer diejenige zu wählen, die den ideologischen Vorstellungen der Staatsführung am besten Rechnung trägt. Eine umfassende Kontroll- und Leitungsfähigkeit ist in all diesen Staaten dazu bestimmt, die Gewißheit zu schaffen, daß die Gerichte eine solche Orientierung auf die obersten Richtpunkte von Staat und Gesellschaft wahren. Wie schon erwähnt, hat Günter Lehmann in seinem bemerkenswerten Buch über "Wissenschaftliche Leitung der Strafrechtsprechung" (Staatsverlag der DDR, Berlin 1968) eine allgemeine Theorie dessen entwickelt, was diesbezüglich in allen autoritären Staaten Praxis ist.

Zum Schluß mag noch auf die Tatsache hingewiesen werden, daß auch der weitverbreitete Handkommentar von Kohlrausch für die Auslegung des Begriffs "Geschlechtsverkehr" im Sinne des § 2 Blutschutzgesetz keine andere Möglichkeit gesehen hat als diejenige, die vom Reichsgericht gewählt worden ist.²⁾ Kohlrausch war weder Nationalsozialist noch Antisemit. Dessenungeachtet schloß er sich der Auffassung des Reichsgerichts an, betonte dabei aber nachdrücklich, daß stets Ersatzhandlungen (beischlafsähnliche Handlungen) vorliegen müßten und bloße Liebeswerbungen (Küsse, Spaziergänge) nicht genügen könnten.

1) Sie sind abgedruckt bei Hofer S. 101.

2) Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Erläuterungen. 35. Aufl. (1940) S. 708.

II. Die Bestrafung von Auslandstaten.

Völlig den Boden des Gesetzes verlassen hat das Reichsgericht bei der Bestrafung von Taten, die unter Umgehung der deutschen Gesetzgebung im Ausland verübt worden waren. § 3 StGB verbot die Bestrafung solcher Handlungen, weil sie außerhalb des Gebietes des Deutschen Reiches begangen waren. In einem Beschluß vom 23. Februar 1938 (RGSt. 72, 91 ff.) setzte sich der Große Senat für Strafsachen lapidar über das Verbot hinweg.

Der Angeklagte, ein Jude deutscher Staatsangehörigkeit, hatte mit einer deutschblütigen Frau seit etwa zehn Jahren geschlechtliche Beziehungen unterhalten und war mit ihr auch von 1930 bis 1933 verlobt gewesen. Nach Inkrafttreten der Nürnberger Gesetze begab er sich im September 1935 in die Tschechoslowakei, um später nach Südamerika auszuwandern. Um von seiner Braut Abschied zu nehmen, bestellte er sie für drei Tage nach Prag und hatte mit ihr dort geschlechtlichen Verkehr.

Die Schranke des § 4 Abs. 1 StGB einfach beiseite zu schieben, seien die Gerichte nicht befugt, heißt es in der Begründung des Beschlusses. Hier einzugreifen sei ausschließlich Sache des Gesetzgebers. Der Fall könne aber aus dem Blutschutzgesetz entschieden werden. Zwar enthalte das Gesetz keine ausdrückliche Vorschrift, die auf ihn passe, aber: "das Blutschutzgesetz ist eines der Grundgesetze des nationalsozialistischen Staates. Es soll die Reinheit des deutschen Blutes als Voraussetzung für den Fortbestand des deutschen Volkes für alle Zukunft sichern. Die Erreichung dieses Ziels würde auf das äußerste gefährdet sein, wenn nicht auch die Möglichkeit bestände, unter bestimmten Voraussetzungen den Täter auch wegen solcher Verbrechen gegen das Gesetz zur Verantwortung zu ziehen, die er außerhalb des Reichsgebietes begangen hat."

Freilich könne der Große Senat hier keine "allgemeingültige Regeln aufstellen", heißt es in mehr als dunkler

Wendung in dem Beschluß weiter, das würde über die Aufgabe, die dem Großen Senat gestellt sei, hinausgehen. -

Eduard Kohlrausch hat diesen sonderbaren Beschluß unter dem Titel: "Rasseverrat im Ausland" in der Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht¹⁾ einer eingehenden Analyse unterzogen und dabei ernste Bedenken gegen die Art der Begründung -"richtiger: der Nichtbegründung" - geltend gemacht.

Dem Beschluß fehle jede Begründung, sagt er: Er erschöpfe sich praktisch in einer Wiederholung des Sachverhalts, verbunden mit dem Ausspruch: Dieser Fall ist strafbar. Der Große Senat sei für "Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung" zuständig. "Eine grundsätzliche Frage aber verlangt eine grundsätzliche Antwort". Hier aber lehne es der Große Senat ab, eine solche grundsätzliche Antwort zu geben. Zu einer solchen Einschränkung sei er nicht befugt, und eine in der Amtlichen Sammlung veröffentlichte Entscheidung werde immer auch über den konkreten Einzelfall hinausreichen und die Judikatur anderer Gerichte beeinflussen.

Das Fehlen einer angemessenen Begründung und die in späteren Entscheidungen mit Nachdruck wiederholte Feststellung, der Beschluß bzw. das Urteil habe nur für den Einzelfall Geltung, legt den Verdacht nahe, daß es innerhalb des Großen Senats Meinungsverschiedenheiten gegeben hat, die es unmöglich machten, zu einer von allen Senatsmitgliedern gebilligten, ordnungsgemäßen Begründung zu gelangen.

Hatte sich der Berliner Strafrechtslehrer Eduard Kohlrausch entschieden gegen die Ausdehnung der Strafbarkeit der Rassenschande auf Auslandstaten erklärt, so trat der Bonner Strafrechtslehrer Hellmut von Weber ebenso entschieden für den Standpunkt des Großen Strafsenats ein.²⁾ Damit

1) Jg. 1938, 355 ff.

2) In dem Aufsatz: "Die Strafbarkeit der zur Umgehung des Gesetzes im Ausland begangenen Tat". Gerichtssaal Bd. 114 (1940) S. 267 ff.

hatte der Große Senat einen namhaften Bundesgenossen gewonnen, der auch noch eine Begründung lieferte. Die Strafbarkeit derartiger Gesetzesumgehungsakte, sagte von Weber, sei nicht nur, wie Kohlrausch gemeint habe, de lege ferenda erwägenswert. Der Gedanke, Auslandsstraftaten, die an sich straflos seien, zu bestrafen, habe schon in früheren Jahrhunderten Vertretung gefunden. Er dürfe auch heute wieder Anerkennung beanspruchen. Man müsse nur gewisse Schranken beachten.

Einmal müsse der Täter Inländer sein. Sodann müsse der Tatort ins Ausland verlegt worden sein, und das müsse absichtlich geschehen, damit der volle Tatbestand einer "Umgehung" gegeben sei. Die Neufassung des § 2 StGB gebe alle Mittel an die Hand, die vorhandene Lücke zu schließen, denn hinfort sei auch die analoge Übertragung von "Rechtsanwendungsrecht" zulässig. Der Grundsatz der Strafbarkeit von Auslandstaten bei Gesetzesumgehung habe freilich nur einen "schmalen Anwendungsbereich". Er decke aber die Entscheidung des Großen Senats.

Die einzelnen Senate hatten inzwischen die Auffassung des Großen Senats auf weitere Fälle ausgedehnt.¹⁾ Die Neufassung der §§ 3 und 4 StGB durch die Verordnung über den Geltungsbereich des deutschen Strafrechts vom 6. Mai 1940 erledigte dann praktisch das Problem.

III. Die Versuchsbestrafung.

Gelegentlich ist dem Reichsgericht auch der Vorwurf gemacht worden, es habe in Blutschutzsachen den Beginn strafbarer Ausführungstätigkeit zu weit vorgeschoben.

Nähere Betrachtung lehrt, daß dieser Vorwurf nicht haltbar ist. Bekanntlich hat das Reichsgericht ursprünglich die Grenze zwischen strafloser Vorbereitung und straf-

1) siehe dazu RGSt. 72, 171; 72, 385.

barem Versuch unter Verwendung des Begriffs der "Ausführungshandlung" objektiv gezogen. Schon im Jahre 1917 hat es sich dann einer von Frank aufgestellten Formel angeschlossen¹⁾, wonach ein Anfang der Ausführung schon dann vorliegt, wenn eine Handlung begangen worden ist, "diezufolge ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit einer Tatbestandshandlung für die natürliche Auffassung als deren Bestandteil erscheint" (RGSt. 51, 342).

Diese Formel hat der Gerichtshof auch auf die vom Blutschutzgesetz erfaßten Fälle angewandt. Sie begegnet beispielsweise in RGSt. 73, 77: "Versuchte Rassenschande liegt bei einer Handlung vor, die wegen ihrer unmittelbaren Zugehörigkeit mit einer geschlechtlichen Handlung i.S. des § 2 BlutSchG. nach natürlicher Auffassung als deren Bestandteil erscheint". Sie begegnet auch in RGSt. 73, 143; 74, 88 und 76, 142 und hat im allgemeinen zu Urteilen geführt, die sich aus jener Formel rechtfertigen lassen, vorausgesetzt, daß man sich auf den Boden derjenigen Auslegung des Begriffs "Geschlechtsverkehr" stellt, die der Große Senat für Strafsachen in dem Beschluß vom 9. Dezember 1936 entwickelt hat.

Ein Angehöriger der Reichsanwaltschaft²⁾ hat im Jahre 1940 - gestützt auf veröffentlichte und unveröffentlichte Urteile - eine Übersicht über die bis dahin ergangenen Entscheidungen veröffentlicht. Daraus ergibt sich folgendes Bild:

1. Als vollendete "Rassenschande" im Sinne des Blutschutzgesetzes hat das Reichsgericht bestraft: den Mundverkehr mit körperlichen Mißhandlungen (unv.); das Onanieren

1) Diese Entwicklung von einer rein objektiven Auffassung zu einer die Entscheidung in das Ermessen des Richters stellenden Formel hat gut herausgearbeitet Karl Klee in: "Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben". 5. Band. Berlin und Leipzig 1929 S. 77.

2) Sandrock: Fünf Jahre reichsgerichtliche Rechtsprechung zum Blutschutzgesetz. Deutsches Recht 1940, 261 ff.

unter gleichzeitiger körperlicher Berührung der weiblichen Person oder auch unter bloßer Benutzung ihrer Gegenwart als Erregungszustand (RGSt. 73, 94 und RG JW 1939, 227); das Spielen am Geschlechtsteil der Frau (RG JW 1938, 165); unzuchtiges Abgreifen (unv.); Betasten des Leibes eines Kindes (unv.); das Austauschen von Zärtlichkeiten (Umarmen und Küssen) als Ersatzhandlung für normalen Geschlechtsverkehr (unv.).

2. Als strafbaren Versuch hat das Reichsgericht behandelt: das Entkleiden der Beteiligten zum alsbaldigen Verkehr miteinander (RGSt. 71, 4 und 7; RG JW 1938, 2807); unzuchtiges Betasten im Auto als Vorbereitung zu einem nach Abschluß der Fahrt beabsichtigten Verkehr (RG HRR 1938 Nr. 267); plötzliches Umfassen und Ansichdrücken des weiblichen Partners in der Absicht, ihn zum Verkehr zu bringen (RGSt. 71, 383); mündliche Aufforderung zum alsbaldigen Verkehr (RGSt. 73, 76); Versuch, unter Anwendung von Gewalt Zutritt zu einer Wohnung zu erlangen, um dort mit einer Frau zu verkehren (RGSt. 74, 86); Austausch von Zärtlichkeiten in der Absicht, die Frau zum alsbaldigen Verkehr zu bewegen (RG HRR 1940 Nr. 475).

3. Als straflose Vorbereitung hat es das Reichsgericht andererseits gewertet, wenn Zärtlichkeiten erst zu einem späteren Zeitpunkt zum Verkehr bereit machen sollten (RGSt. 74, 86; RG JW 1937, 753; RG JW 1938, 2339 und zwei bei Sandrock a.a.O. in Anm. 36 wiedergegebene unveröffentlichte Urteile).

Wenn man die vom Reichsgericht und der herrschenden Lehre im Schrifttum vertretene Auslegung des Begriffs "Geschlechtsverkehr" zugrundelegt und die vom Reichsgericht für die Abgrenzung zwischen strafbarem Versuch und strafloser Vorbereitung akzeptierte Franksche Formel verwendet, wird man diese Judikatur nicht als überspannt bezeichnen können. Sie hielt sich bis auf einige Ausnahmen noch im Rahmen des Vertretbaren; dem Richter räumte die Franksche Formel eben einen weiten Ermessensspielraum ein.

Abschließend ist zu bemerken, daß die Judikatur zu dem Blutschutzgesetz kein Ruhmesblatt für das Reichsgericht darstellt. Dies gilt insbesondere für die Bestrafung von Auslandstaten, die jeder Rechtsgrundlage entbehrte. Bei der Auslegung des Begriffs "Geschlechtsverkehr" im Sinne des § 2 Blutschutzgesetz wäre eine humanere Haltung am Platze gewesen, auch wenn die herrschende Lehre eine abweichende Meinung vertrat. Hier hätte das Gericht den Pressionsversuchen widerstehen und auf der engsten Auslegung "Geschlechtsverkehr" = "Beischlaf" bestehen müssen. Die Judikatur zum Blutschutzgesetz stellt aber glücklicherweise einen Fremdkörper in der Rechtsprechung des Gerichtshofes dar. Keinem anderen Gesetz gegenüber hat das Reichsgericht grundsätzlich einen so bedauerlichen Standpunkt eingenommen.

5. Restriktive und extensive Auslegung.

Dem Reichsgericht ist schließlich zum Vorwurf gemacht worden, es habe durch extensive Auslegung der Normen des politischen Strafrechts den auf der Bevölkerung lastenden Terror verschärft und damit den Zielen der nationalsozialistischen Staatsführung Vorschub geleistet.

Zur Stützung dieses Vorwurfs hat Richard Schmid auf die Judikatur zum Begriff der "Öffentlichkeit" im Sinne des Tatbestandes der Wehrkraftzersetzung (§ 5 KSSVO) verwiesen.¹⁾ In maßloser Überspannung sei dieser Begriff sogar auf Äußerungen im Familien- oder Kameradenkreis ausgedehnt worden. "Das Reichsgericht selbst hat den Wettbewerb mit dem Volksgerichtshof in politischen Sachen durchaus aufgenommen...".

Friedrich Karl Kaul hat den Großen Senat insbesondere angelastet, sie hätten durch "betont extensive Interpre-

1) Aufsatz veröffentlicht in "Die Zeit" Nr. 23 vom 4.6.1965, S. 30 (1. Spalte).

tation der nazistischen Gesetze, d.h. Ausweitung der Gesetze über die vom Gesetzgeber geschaffenen Begriffsformulierung ihrer Texte hinaus" versucht, das Vertrauen der Nazidiktatur wiederzugewinnen.¹⁾

Wie steht es indes mit diesen Behauptungen?

Für eines der unter der Herrschaft des Nationalsozialismus ergangenen Gesetze mit politischem Hintergrund läßt es sich nicht bestreiten, daß die Judikatur des Reichsgerichts den Zielen der nationalsozialistischen Staatsführung Vorschub geleistet hat; das ist das Blutschutzgesetz (siehe oben 4.). Freilich ist dabei zweierlei zu beachten: 1. daß sich der Große Strafsenat in seinem Beschluß vom 9. Dezember 1936 (RGSt. 70, 375 ff.) nicht für die extensivste Deutung des Begriffs "Geschlechtsverkehr", sondern für eine Mittelmeinung entschieden hat, und 2. daß man die Entscheidungen des Großen Strafsenats um deswillen nicht dem Gerichtshof mit all seinen Mitgliedern anlasten kann, weil diese (Präsident, Vizepräsident und sieben Reichsgerichtsräte) ausnahmslos vom Reichsjustizminister bestellt wurden.²⁾ Dabei erfolgte die Auswahl mit Sicherheit nach politischen Gesichtspunkten, d.h. es wurden nur solche Personen in diesen wichtigen Spruchkörper berufen, die als politisch besonders zuverlässig galten.

Was die Behandlung der anderen "nazistischen Gesetze", wie Kaul sie nennt, betrifft, so kann man den Strafsenaten des Reichsgerichts eine extensive Auslegung, die den Anwendungsbereich dieser Gesetze in freiheitsbedrohender Weise unangemessen erweitert hätte, nicht nachsagen. Sie kamen nämlich kaum mehr in die Lage, sich mit den für die Opposition gefährlichen Gesetzen auseinanderzusetzen.

1) a.a.O. S. 25.

2) S. dazu das Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 28. Juni 1935, RGBl. I S. 844.

Dies gilt beispielsweise für die Verordnung zum Schutze von Volk und Staat vom 28. Februar 1933, das Gesetz zur Abwehr politischer Gewalttaten vom 4. April 1933, das Gesetz zur Gewährleistung des Rechtsfriedens vom 13. Oktober 1933, das Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutz der Parteiuniformen (sogen. Heimtücke-gesetz) vom 20. Dezember 1934, die Verordnung über außerordentliche Rundfunkmaßnahmen vom 1. September 1939, die Verordnung gegen Volksschädlinge vom 5. September 1939, die Verordnung zur Ergänzung der Strafvorschriften zum Schutz der Wehrkraft des deutschen Volkes vom 25. November 1939 und die Verordnung gegen Gewaltverbrecher vom 5. Dezember 1939.

Die Strafsenate des Reichsgerichts kamen verhältnismäßig selten in die Lage, zu diesen Gesetzen Stellung zu nehmen, weil die Verfolgung dieser Straftaten Sache der Sondergerichte und des Volksgerichtshofs waren. Es liegen deshalb auch nur wenige einschlägige Urteile vor, bei denen die Tendenz zu extensiver Interpretation erkennbar ist. Von besonderer Bedeutung war es, daß die Strafsenate des Reichsgerichts vor allen Dingen nichts mit dem Tatbestand der Wehrkraftzersetzung (§ 5 KSSVO) zu tun gehabt haben. Zuständig für die Aburteilung der Verstöße gegen diesen Tatbestand waren die Organe der Militärgerichtsbarkeit und die Sondergerichte.¹⁾

Daß der pauschal geäußerte Vorwurf, die Strafsenate hätten Tatbestände mit politischem Hintergrund generell extensiv interpretiert, nicht zutreffend ist, läßt sich schlagend mit der Judikatur zu § 266 StGB widerlegen.

Als der Untreuetatbestand des Reichsstrafgesetzbuchs durch Gesetz vom 26. Mai 1933 eine Neufassung erfuhr, hieß

1) Dazu: Schwinge, Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch, 6. Aufl. (1944) S. 427 f.

es in der amtlichen Begründung, mit Hilfe der neuen, weiten Fassung des Tatbestandes wolle man "Schiebertum" und "Korruption" wirksamer als bisher erfassen und den strafrechtlichen Schutz von Treu und Glauben im Verkehr sowie die Sicherung des gegenseitigen Vertrauens in Handel und Wandel erweitern und verstärken.¹⁾ Die bis dahin geltende kasuistische Fassung der alten Untreuebestimmung hatte sich mit fortschreitender Komplizierung der Vorgänge des wirtschaftlichen Lebens als gänzlich unzulänglich erwiesen. Und nun faßte man den Tatbestand so weit, daß es hinfort möglich war, alle strafwürdigen Fälle treuwidriger Vermögensschädigung zu erfassen.

In dieser weiten Fassung lag freilich die Gefahr des Mißbrauchs eingeschlossen. Sie konnte leicht dazu benutzt werden, politische Gegner zu treffen und sie auf dem Umweg über § 266 RStGB hinter Schloß und Riegel zu bringen. Diese Gefahr hat man beim Reichsgericht sofort erkannt und durch restriktive Auslegung jeden Mißbrauch verhindert.

In Übereinstimmung mit den Richtlinien, die in der Monographie von Schwinge-Siebert: "Das neue Untreuestrafrecht" (1933) entwickelt worden waren, haben die Strafsenate des Reichsgerichts den Tatbestand in dreifacher Hinsicht eingeschränkt.

1. In einem Urteil vom 14. Dezember 1934 (RGSt. 69, 58 ff.) entschied der I. Strafsenat, nicht jeder Leistungspflicht liege ein Treueverhältnis zugrunde - "nicht jeder kleinste, vom Standpunkt der Volksgesamtheit vielleicht bedeutungslose Fehltritt (sollte) den schweren Folgen der neuen Strafbestimmung unterstellt werden". Es sei offensichtlich nur an Pflichten oder Pflichtenkreise gedacht, die sich ihrer Dauer nach über eine gewisse Zeit oder ihrem Umfang nach über bloße Einzelfälle erstrecken, "sodaß der Verpflichtete für ihre Erfüllung einen gewissen Spielraum,

1) Dazu Ernst Schäfer, DJZ 1933, 795; Schwinge-Siebert, Das neue Untreuestrafrecht (1933) S. 12 und RGSt. 69, 61.

eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbständigkeit hat".

2. Mit der Entscheidung vom 4. März 1937 entwickelte der II. Strafsenat (RGSt. 71, 90 ff.) eine zweite Einschränkung, die in einer Anzahl früherer Urteile bereits angedeutet war. Eine einfache Vertragspflicht sei keineswegs schon eine Treupflicht im Sinne des § 266 StGB. "Die bloße Pflicht, eine geschuldete Leistung zu erfüllen, reicht ... weniger weit als die, auf Grund eines Treueverhältnisses fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen oder zu betreuen". Die Verpflichtung, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, müsse "den wesentlichen Inhalt des Rechtsgeschäfts bilden, durch das sie begründet wird". Damit war diejenige Einschränkung erreicht, die von Schwinge-Siebert schon 1933 als unerläßlich bezeichnet worden war: "Die Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, muß der typische und wesentliche Inhalt des Innenverhältnisses sein".¹⁾

3. Eine Mahnung zur vorsichtigen Anwendung des § 266 StGB bildete auch der ständige Hinweis in den einschlägigen reichsgerichtlichen Urteilen, daß man an den Nachweis des Verschuldens strenge Anforderungen zu stellen habe. "Gerade der innere Tatbestand bedarf.., wie die Entscheidungen RGSt. Bd. 68 S. 371, 374, Bd. 69 S. 15, 17 hervorheben, bei dem § 266 StGB. n.F. einer besonders sorgfältigen Würdigung". (RGSt. 71, 92).²⁾

Diese Einengung des Untreuetatbestandes stieß - wie nicht anders zu erwarten war - auf entschiedenen Widerspruch. In einem Aufsatz in der JW 1936 S. 3428 f. lehnte sie Kempermann entschieden ab. Das Reichsgericht habe sich durch seine Auslegung der Möglichkeit beraubt, sagte er, "unter

1) a.a.O. S. 33.

2) Vorsicht wurde den Instanzgerichten übrigens auch bei Prüfung des Merkmals "Schädigung des Volkswohls" (i.S. der §§ 263 und 266 StGB) zur Pflicht gemacht (RG JW 1936, 3464).

Anknüpfung an die konkreten Treuverhältnisse des Lebens von der Gemeinschaftsordnung des deutschen Volkes auszugehen" - den durch diese Gemeinschaftsordnung vorgezeichneten "konkreten Treueverhältnissen des deutschen Volkes". Praktisch war das ein Plädoyer für eine erhebliche Ausdehnung des Tatbestandes.

Durch diesen Widerspruch - dem übrigens sofort Schwinge entgegengetreten ist¹⁾ - hat sich das Reichsgericht von der einmal eingeschlagenen Linie nicht abbringen lassen und ist bei der restriktiven Auslegung verblieben. Das aber bedeutete, daß mit der neuen Strafvorschrift politisch kein Mißbrauch getrieben werden konnte. Jedenfalls ist die Judikatur zu § 266 StGB ein schlagkräftiger Beweis dafür, daß die Behauptung, das Reichsgericht habe Strafvorschriften, die den Gegnern des Nationalsozialismus hätten gefährlich werden können, prinzipiell extensiv ausgelegt, nicht den Tatsachen entspricht.

Wie eingangs erwähnt, hat Richard Schmid das gleiche auch für die Auslegung des Begriffs der "Öffentlichkeit" behauptet. Dabei hat Schmid jedoch das Reichsgericht mit dem Reichskriegsgericht verwechselt. Dieses hat dem Begriff der "Öffentlichkeit" im Sinne des Tatbestandes der Wehrkraftzersetzung im Sinne des § 5 KSSVO in den Urteilen RKG 60, 61 und 62 eine so weite Ausdeutung gegeben, daß Eberhard Schmidt dem Reichskriegsgericht nachsagen konnte, es vertrete im Endergebnis den Satz: "als öffentliche Äußerungen im Sinne des § 5 KSSVO gelten auch nicht öffentliche". Als "öffentlich" geschehen wurden vom Reichskriegsgericht nämlich auch solche Äußerungen behandelt, die im Familienkreis, unter Freunden oder Kameraden geschehen waren, es sei denn, es habe jede Gewähr bestanden, daß sie über den betreffenden Kreis nicht hinausdringen würden. Daß eine solche Ausweitung völlig unannehmbar sei, wurde dem Reichs-

1) JW 1936 S. 3429.

kriegsgericht seinerzeit sofort von Eberhard Schmidt¹⁾ und Schwinge²⁾ entgegengehalten.

Es gibt nur ein einziges Urteil, das sich dem Reichskriegsgericht angeschlossen hat, ein Urteil des II. Strafsenats vom 16. April 1942, das in der Zeitschrift "Deutsches Recht" 1942 S. 397 abgedruckt ist. Hier wird darauf verwiesen, daß der Gesetzgeber auf die Rechtsprechung des Reichskriegsgerichts verwiesen und sie damit gebilligt habe (amtliche Begründung zur siebten DurchfVO zur KStVO vom 18.5.1940; RGBl. I 787). Dieses Urteil ist aber vereinzelt geblieben. Am 28. Februar 1941 hat sich der IV. Strafsenat für § 2 des Heimtückegesetzes ausdrücklich zu einem engeren Begriff der Öffentlichkeit bekannt (es sei bezüglich der Öffentlichkeit immer davon auszugehen, wie die Sachlage tatsächlich war, und nicht, wie sie sich hätte entwickeln können). Jedenfalls ist es nicht möglich, das Reichsgericht in dieser Frage in eine Front mit dem Reichskriegsgericht zu rücken. Das alles hat Richard Schmid nicht brücksichtigt.

Daß "extensive Auslegung" im übrigen nicht immer Begünstigung der Nationalsozialisten bedeutete, zeigt die Rechtsprechung zu dem Beamtenbegriff im Sinne des § 359 StGB.³⁾

Die Frage, welche Deutung diesem Begriff zu geben sei, stellte sich neu, nachdem die NSDAP mit ihren Gliederungen durch Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat vom 1. Dezember 1933 (RGBl. I, 1016)⁴⁾ zur staatstragenden Organisation erhoben worden war.

Mitglieder und Funktionäre der Partei waren bis dahin nicht als Beamte im Sinne des § 359 StGB angesehen worden.

1) Zeitschrift für Wehrrecht. 6. Bd. S. 314 ff.

2) Kommentar zum MStGB 6. Aufl. (1944) S. 432 ff.

3) Einen Hinweis darauf hat Hartung in seiner Selbstbiographie (S. 103) gegeben.

4) Und die DurchführungsVO vom 29.3.1935 (RGBl. I, 502).

Die Rechtsprechung der Strafsenate war zunächst uneinheitlich. Der III. Strafsenat bejahte beispielsweise die Beamteneigenschaft eines Bannführers der Hitlerjugend (RGSt. 68, 20) mit der Begründung, er erfülle staatliche Aufgaben, die aus der Staatsgewalt herzuleiten seien.

Der II. und der VI. Strafsenat sprachen demgegenüber einem Sturmführer der SA Beamteneigenschaft ab (RGSt. 69, 231 ff.). Das gleiche geschah bei einem Ortsgruppenleiter des Reichsbundes der Deutschen Beamten (RG JW 1935, 2735). Die Begründung lautete hier: Die NSDAP und ihre Gliederungen seien keine dem Staatszweck dienenden Einrichtungen und leiteten ihre Tätigkeit nicht aus der Staatsgewalt her. Das war eine klare Absage der beiden Senate an die These von den "staatstragenden Organisationen".

Bei dieser ablehnenden Haltung blieben die Strafsenate indessen nicht stehen. Sehr bald revidierten sie ihre Ansicht und dehnten den Beamtenbegriff auf Parteifunktionäre aus.

Am 21. August 1936 entschied der IV. Strafsenat, daß ein planmäßiger Führer im Arbeitsdienst Beamter im strafrechtlichen Sinne sei (RG JW 1936, 3005). Begründung: der Reichsarbeitsdienst sei eine dem Staatszweck dienende Einrichtung, die staatliche Aufgaben zu erfüllen habe.

Am 24. Februar 1939 entschied derselbe Senat, daß dem strafrechtlichen Beamtenbegriff auch der Geschäftsführer einer Landesleitung der bildenden Künste unterfalle (RGSt. 73, 109). Auch die Verrichtungen eines solchen Mannes seien aus der Staatsgewalt abzuleiten und dienten staatlichen Zwecken.

Am 3. April 1941 zog der II. Strafsenat einen Organisationswarter einer Ortsgruppe der NSV (= Nationalsozialistischen Volkswohlfahrt) unter den Beamtenbegriff (RGSt. 75, 193) und bestätigte dementsprechend eine Bestrafung wegen schwerer Amtsunterschlagung.

Am 9. Dezember 1941 bejahte der I. Strafsenat für den Kassenleiter eines Getreidewirtschaftsverbandes Beamten-eigenschaft (RGSt. 75, 396). Das hatte zur Folge, daß dessen Verurteilung wegen Amtsverbrechens bestehen blieb.

Die Ausdehnung des Beamtenbegriffs auf Funktionäre der Partei führte dazu, daß diese hinfort generell den verschärften Strafbestimmungen der §§ 331 ff. StGB unterlagen. Dies löste in Parteikreisen erhebliche Beunruhigung aus, mit der Folge, daß - wie Hartung berichtet¹⁾ - die Partei das Interesse an den ausgearbeiteten Entwürfen zu einem neuen Strafgesetzbuch und einer neuen Strafverfahrensordnung verlor. Jedenfalls zeigt auch diese Judikatur, daß man die Leipziger Richter nicht gut als willenslose Sklaven der herrschenden Mächte bezeichnen kann, wie es z.B. Kaul tut. Sie schreckten jedenfalls nicht davor zurück, Bahnen zu beschreiten, die den Funktionären der Partei lästig waren.

Darin ließen sie sich auch nicht beirren, als ihnen 1935 ein prominenter Strafrechtslehrer, nämlich Edmund Mezger vorhielt, sie würden bei dieser Begriffserweiterung "dem Wesen der 'Bewegung' nicht gerecht".²⁾ Im Einverständnis mit Carl Schmitt meinte Mezger, vor einer "Einmischung der Gerichte in die Angelegenheit von Staat und Partei" warnen zu müssen. Es sei untragbar, ihre Funktionäre rechtlich in den Beamten- und Behördenapparat des Staates einzuspannen. Die Auffassung des Reichsgerichts würde zu einer unleidlichen justizförmigen Überwachung des Politischen seitens der Gerichte führen. Solche Überwachung gehöre Gott sei Dank der Vergangenheit an.

Die Strafsenate des Reichsgerichts haben sich durch

1) a.a.O. S. 103.

2) Hans Frank, Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung. München 1935 S. 1395.

die Vorstellungen des prominenten Vertreters der Wissenschaft von ihrer Judikatur nicht abbringen lassen. Das ist ehrend für sie.

Einen weiteren Beleg gegen die Behauptung, die Strafsenate des Reichsgerichts hätten Tatbestände mit politischem Hintergrund immer ~~extensiv~~ ausgelegt, beweist die Handhabung des (1946 aufgehobenen) § 134 a StGB. Diese Vorschrift stellte die Beschimpfung des Reiches oder eines der Länder, ihrer Verfassung, ihrer Farben oder Flaggen oder der deutschen Wehrmacht unter Strafe. Das Landgericht hatte die Auffassung vertreten, jede Beschimpfung des Reichskanzlers Adolf Hitler schließe rechtsnotwendig eine solche des Reiches in sich und demzufolge bestraft. Mit Urteil vom 26. Oktober 1933 (RG JW 1934, 904) bezeichnete der II. Strafsenat diese Ansicht als irrig. Die festgestellten Begleitumstände sprächen dafür, daß der Angeklagte nicht das Reich als solches, sondern nur die Persönlichkeit Hitlers in seiner Eigenschaft als Führer der NSDAP habe angreifen wollen, und das reiche für eine Bestrafung nicht aus. -Daß dieses Urteil vor den Augen von Georg Dahm keine Gnade fand, überrascht nicht. Vom Reich als "konkreter Lebenswirklichkeit", haßt es in einer Anmerkung zu diesem Urteil, "sei die Bewegung nicht zu trennen". Die NSDAP sei eben keine Partei im Sinne des Staates von Weimar, sondern die politische Organisation des deutschen Volkes schlechthin. Deshalb gehe es nicht an, den Führer der Bewegung vom Kanzler des Reichs zu trennen. "In der Beschimpfung des Führers liegt daher zwangsläufig eine Beschimpfung des Reichs". Nur eine solche Auslegung sei "mit den politischen Notwendigkeiten und dem neuen Rechtsdenken vereinbar". Die Unterordnung einer dem Führer zugefügten Beleidigung unter § 185 StGB wäre "formalistisch und unbefriedigend".

C. Zusammenfassung der Ergebnisse

Wenn man den Behauptungen von Richard Schmid, des einstigen Präsidenten des Oberlandesgerichts Stuttgart, und von Friedrich Karl Kaul, des Ostberliner Staranwalts, Glauben schenken müßte, dann war das deutsche Reichsgericht in der Zeit des Nationalsozialismus durchweg mit Männern besetzt, die den neuen Machthabern willenlos ergeben waren, deren ganzes Sinnen und Trachten darauf gerichtet war, Hitler Sklavendienste zu leisten sowie der Weltanschauung des Nationalsozialismus in der Justiz zum Durchbruch zu verhelfen. Wie vorstehend gezeigt worden sein dürfte, sah die Wirklichkeit anders aus. Als ein Heer von Marionetten und willenslosen Terrorwerkzeugen der Diktatur ist das Reichsgericht - ganz im Gegensatz zum Volksgerichtshof - von der Bevölkerung zu keiner Zeit empfunden worden; es bestand auch gar kein Grund dafür, dem Gericht als ganzes zu mißtrauen und in ihm eine Stätte der Willkür und des Terrors zu erblicken. Wie Otto Kirchheimer zutreffend festgestellt hat, übertrug der nationalsozialistische Staat "der Polizei oder dem Volksgerichtshof die Terrorgeschäfte, die sich mit dem Ehrgefühl oder den fachlichen Bedenken der alten Richter nicht vereinbaren ließen".¹⁾ Im Bereich des Rechts gab es eben, wie Kirchheimer ebenfalls betont hat²⁾, "zwei gegensätzliche Systeme" - einen "Dualismus", auf den vor ihm schon Ernst Fraenkel hingewiesen hat³⁾. Man kann der ordentlichen Justiz nicht gut diejenigen Terrorgeschäfte aufladen, die andere besorgt haben!

Das tun einige aber. Demgegenüber ist zu betonen, daß diejenigen, die das Reichsgericht in der geschilderten Weise in Bausch und Bogen verdammt haben, den Beweis dafür schuldig geblieben sind. Wie in der Einleitung dargelegt,

1) a.a.O. S. 445

2) a.a.O. S. 443

3) In dem Buch: "The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship". New York 1941.

sind in der Zeit von 1933 bis 1945 rund 35 000 Strafsachen zum Reichsgericht gelangt. Von ihnen wurden durch den Verfasser 6 000 überprüft. Man kann in Anbetracht dieser gewaltigen Zahl einen Fall wie den Fall Schlitt, so bedauerlich sein Ergebnis auch sein mag, doch nur als Einzelfall betrachten. Auf ihn kann man ein allgemeines Verdammungsurteil wirklich nicht stützen. In politisch bewegten Zeiten werden derartige Entgleisungen an jedem Gerichtshof vorkommen.

Ein echter Einbruch ist dem Nationalsozialismus beim Reichsgericht nur im Bereich des Rasserechts gelungen. Den Begriff des "außerehelichen Verkehrs" bzw. "Geschlechtsverkehrs" im Sinne des § 2 des sogen. Blutschutzgesetzes vom 13. September 1935 legte der Große Strafsenat in einer Weise aus, die für eine Anzahl jüdischer Mitbürger verhängnisvoll war. (Beschluß vom 9. Dezember 1936; RGSt. 70, 375 ff.). Er beschränkte ihn nicht auf "Beischlafshandlungen" (engste Deutung), sondern dehnte ihn auf beischlafsähnliche Handlungen aus. Er fügte sich damit dem scharfen Druck, der auf ihn ausgeübt wurde.

So bedauerlich das ist, so kann doch nicht unberücksichtigt bleiben, daß der Große Senat (ebenso wie das Reichsgericht im allgemeinen) schärfsten Angriffen ausgesetzt gewesen wäre, wenn er sich für die engste Deutung entschieden hätte. Er hätte damit gegen die herrschende Lehre Stellung bezogen und sich dem Verdacht ausgesetzt, gegen die Nürnberger Gesetze Sabotage üben zu wollen. Es verdient auch an dieser Stelle festgehalten zu werden, daß zu der herrschenden Lehre auch Autoren gehörten, die wie Eduard Kohlrausch und Otto Schwarz nicht dem nationalsozialistischen Lager zuzurechnen waren. Das hätte unter Umständen den ganzen Gerichtshof in Gefahr bringen können, denn auf dem Gebiete der Rassengesetzgebung verstanden die nationalsozialistischen Machthaber keinen Spaß. Ein Aufbegehren auf diesem Gebiet hätte eine Lawine ins Rollen bringen können!

Dem Ansehen des Reichsgerichts wäre es freilich heute dienlicher, wenn sich der Große Strafsenat trotz aller Risiken für die schonendste Auslegung des § 2 des Blutschutzgesetzes und gegen eine Ausdehnung des Gesetzes auf Auslandstaten entschieden hätte.

Dabei darf allerdings nicht unerwähnt bleiben, daß es innerhalb des Senats - wie die dürftige Begründung der maßgeblichen Urteile spüren läßt - erhebliche Meinungsverschiedenheiten gegeben haben muß. Darauf hat ja - wie erwähnt - schon Kohlrausch hingewiesen.

Es muß auch die Frage gestellt werden, ob es fair ist, mit der Judikatur des Großen Strafsenats zum Blutschutzgesetz die Richterschaft vom Reichsgericht insgesamt zu belasten. In den Großen Strafsenat, eine Neuschöpfung des Jahres 1935, kamen nur Richter, die vom Reichsjustizministerium in dieses Gremium berufen worden waren. So wie die Dinge damals lagen, kamen für eine solche Berufung natürlich nur solche Richter in Betracht, von denen man wußte oder mit Sicherheit annahm, sie stünden dem Nationalsozialismus innerlich besonders nahe. Beim Reichsgericht waren das nicht viele. Darf man nun den zahlreichen anderen unbesehen das anlasten, was diejenigen, die dem neuen Geist verfallen waren, damals entschieden haben? Das wäre doch wohl nicht tragbar.

Bei allem, was an den Gerichten unter der Herrschaft des Nationalsozialismus geschehen ist, darf man ja auch niemals außer Betracht lassen, was oben unter B I ausgeführt ist.

Der deutsche Richter war im Geiste des Positivismus erzogen worden. Er galt als verpflichtet, jedem - auch dem unsittlichen - Gesetz Gefolgschaft zu leisten. In den Jahren unmittelbar vor der nationalsozialistischen Machtergreifung war ihm das von prominenten Vertretern der politischen Linken - Gustav Radbruch und Hans Kelsen - noch besonders eingeschärft worden.

Der deutsche Richter war auch zur Ohnmacht verdammt. Was hätte das offene Aufbegehren eines einzelnen Richters fruchten sollen? Soweit derartiges vorgekommen ist¹⁾, wurde dafür gesorgt, daß nichts in die Presse kam, der Fall also nicht beispielgebend wirken konnte. Wie die Erfahrung lehrt, haben in Diktaturstaaten nur Kollektivaktionen Aussicht auf Erfolg - wie aber sollte es zu solchen gemeinsamen Schritten kommen, wenn immer mit dem Eingreifen der Staatspolizei und einschneidenden persönlichen Repressalien gegen die Urheber zu rechnen ist? Wie sollte sich auch ins Gewicht fallender Widerstand entwickeln, solange das Ausland es geschehen ließ, daß der Mann an der Spitze einen außenpolitischen Erfolg nach dem anderen einheimste und den Ruf politischer Unfehlbarkeit erwarb? Mußte nicht jedem auch schon dadurch die Lust vergehen, gegen das Regime aufzubegehren, wenn er in der Zeitung las, mit welchem Respekt fremde Staatsmänner (Lloyd George und Churchill) von dem Diktator sprachen?

Was sodann den Vorwurf terroristischer Überspannung von einzelnen Tatbeständen oder von Tatbestandsgruppen betrifft, so läßt er sich bis zu einem gewissen Grade auf die Rechtsprechung zum Blutschutzgesetz anwenden. Sonst aber fehlt es an durchschlagendem Beweismaterial dafür. Und das liegt zu nicht geringem Maß daran, daß die Handhabung der sogen. "Nazigesetze" aus der Zeit nach 1933 in erster Linie, zum Teil sogar ausschließlich Sache des Volksgerichtshofs und der Sondergerichte war. Das Reichsgericht war also gar nicht in der Lage, Tatbestände des politischen Strafrechts zum Nachteil der Opposition zu verwenden.

Wie Hans Neidhard schon vor einem Jahrzehnt festgestellt hat²⁾, hat es die deutsche Justiz "offenbar doch, mag man

1) Einen Fall dieser Art hat Schwinge in seiner Rede: "Der Jurist in der modernen Gesellschaft" (1964) S. 20 ff. (Fall Kastendieck) berichtet,

2) DRiZ 1963, 209.
Vgl. dazu auch das vorsichtige Urteil, das ein so scharfer Kritiker der Vorgänge im Dritten Reich wie Otto Kirchheimer a.a.O. S. 440 fällt.

es heute wahrhaben oder nicht, im großen und ganzen abgelehnt, in die Linie des Nationalsozialismus einzuschwenken".

Ein namhafter Vertreter der Rechtswissenschaft der Deutschen Demokratischen Republik, Günter Lehmann, hat - wie erwähnt - in einem Buch dankenswerterweise vor einigen Jahren gezeigt, wie eine Justiz aussieht, die dem Idealbild eines totalitären Regimes entspricht. Diesem Bild hat die Haltung des Reichsgerichts unter der Herrschaft des Nationalsozialismus nicht entfernt entsprochen.

Nach Lehmann hat der Strafrichter die Aufgabe, bei allem, was er tut, auf Verwirklichung der staatstragenden Ideologie bedacht zu sein und an der Umgestaltung der gesellschaftlichen Wirklichkeit nach den Vorstellungen der Staatsführung mitzuwirken. Er hat die Gesetze entsprechend zu interpretieren und sich dabei den staatlichen Lenkungs- und Steuerungsmaßnahmen widerspruchsfrei zu fügen.

Von alledem konnte beim Reichsgericht keine Rede sein. Das Reichsgericht hat sich zu keinem Zeitpunkt so ans Gängelband nehmen lassen, wie es für den Richter der DDR als Selbstverständlichkeit hingestellt wird. Es hat auch weithin dafür gesorgt, daß in seine Urteile nicht derjenige nationalsozialistische Jargon Eingang fand, wie er für die Reden von Roland Freisler und Hans Frank charakteristisch war.

Es bleibt also dabei, daß summarische Verdammungsurteile, wie sie Richard Schmid, Ilse Staff und Friedrich Karl Kaul gefällt haben, dem Reichsgericht gegenüber der Begründung entbehren.¹⁾

1) Daß solche Pauschalurteile auch den anderen Gerichten gegenüber nicht am Platze sind, hat mit Recht Werner Johe betont: Wenn auch Gerichte in vielen Fällen den Wünschen der Nationalsozialisten erstaunlich weit entgegengekommen seien, sei es "Hitler und der Parteiführung trotz straffster Lenkungsmaßnahmen, weitgehender Eingriffe und vielfachen Drucks nicht immer gelungen, die Unabhängigkeit der Richter und den Widerstand des Gewissens zu überwinden" (a.a.O. S. 13). S. auch Jones Feststellung auf S. 124.

Und nun komme ich zu den Einzelvorwürfen.

Zu den Beanstandungen, die das Blutschutzgesetz betreffen, wurde bereits Stellung genommen.

Was den Reichstagsbrandprozeß betrifft, so hat die Überprüfung ergeben, daß der erkennende Senat durch die Anwendung eines ex-post-facto-Gesetzes keineswegs alte Rechtsprinzipien "bedenkenlos über Bord geworfen" hat, wie ihm durch Friedrich Karl Kaul nachgesagt wurde. Es handelte sich hier gar nicht um ein ausnahmslos geltendes Prinzip. Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes war nach allgemein anerkannter Lehre möglich und vertretbar - eine Ansicht, die auch von dem Chef der sowjetischen Anklagevertretung verfochten wurde. Wie mißliebig den nationalsozialistischen Machthabern das Urteil war, beweist am besten die Tatsache, daß es von ihnen als "glattes Fehlurteil" bezeichnet wurde. Es hatte ja auch zur Folge, daß dem Reichsgericht prompt die Zuständigkeit für Hoch- und Landesverrattssachen entzogen wurde. Es bleibt festzuhalten, daß der Senat trotz massiven Drucks die Mitangeklagten sämtlich freigesprochen hat. In dieser Tatsache liegt für alle Zeiten ein Ehrentitel für das Reichsgericht.

Wenn Richard Schmid und Friedrich Karl Kaul behauptet haben, das Reichsgericht habe die Aufhebung des Analogieverbots dazu benutzt, zahlreiche bislang straflose Verhaltensweisen zu poenalisieren und auf diese Weise Waffen gegen die Opposition zu schaffen, so trifft das ebenfalls am Ziel vorbei. Tendenzen zu extensiver Ausweitung der neugeschaffenen Poenalisierungsmöglichkeiten ist das Reichsgericht sofort und mit Nachdruck entgegengetreten. Dadurch, daß der Gerichtshof erfolgreich den Anfängen gewehrt hat, hat er sich ein großes Verdienst um die rechtsstaatliche Sicherung des einzelnen erworben. Das trug den Strafsenaten während des Dritten Reichs den Vorwurf der Rückschrittlichkeit ein. Nach dem Krieg aber erkannte man an, daß diese vorsichtige Haltung, von "weiser Mäßigung" diktiert, viel Unheil abgewendet hat. Selbst Kaul kann eine gewisse Anerkennung nicht unterdrücken.

Was sodann die Handhabung des außerordentlichen Einspruchs und der Nichtigkeitsbeschwerde betrifft, so sind bei den Kritikern der Strafsenate des Reichsgerichts zunächst grobe Übertreibungen zu konstatieren. Bei dem außerordentlichen Einspruch handelt es sich nicht um "unzählige Fälle", wie Ilse Staff behauptet hat, vielmehr um ganze 19, wie wir von Friedrich Karl Kaul wissen, der in der DDR Zugang zu den (beim Potsdamer Archiv stehenden) Akten hatte. Gewiß sind auf außerordentlichen Einspruch und Nichtigkeitsbeschwerde hin Urteile gefällt worden, die man - wie das im Fall Schlitt - nicht billigen kann. Es läßt sich auch nicht bestreiten, daß in einer Anzahl von Fällen schärfere Strafen ausgesprochen worden sind.

Man darf aber zweierlei nicht außer Betracht lassen. Einmal, daß der für den außerordentlichen Einspruch zuständige Besondere Senat dem Reichsgericht kaum zugerechnet werden kann, weil er mit zwei nach politischen Gesichtspunkten ausgesuchten Außenseitern besetzt war, die zu den drei Richtern des Reichsgerichts hinzutraten, zweifellos Kontrollfunktion ausübten und die Mitglieder des Reichsgerichts unter Druck setzen sollten.

Sodann kann aber nicht unberücksichtigt bleiben, daß man sich inmitten eines Krieges befand, in dem es darauf ankam, trotz des Luftkriegs, der Verdunkelungsmaßnahmen und anderer kriegsbedingter Umstände die öffentliche Sicherheit aufrechtzuerhalten und die Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen. In solchen Zeiten gelten Sondermaßstäbe.

"Staatliche Eingriffe in Freiheit und Leben des einzelnen", heißt es in BGHSt. 2, 173, "können und müssen unter Umständen verschieden beurteilt werden, je nachdem, ob sich die Gemeinschaft eines unangefochtenen, sicheren Daseins erfreut oder ob sie sich in einem Kampf auf Leben und Tod befindet. Es entspricht der geschichtlichen übereinstimmenden Übung aller Kulturvölker, daß ein Staatswesen in Zeiten höchster kriegerischer und politischer Gefahr Gerichte walten läßt, die sachlich mit größter Strenge zu arbeiten haben und weitgehende Verfahrensfreiheiten genießen".

Daß in ungewöhnlichen Zeitläufen Sondermaßstäbe angelegt werden müssen und man um die Verhängung der Todesstrafe nicht herumkommt¹⁾, haben selbst entschiedene Gegner der Todesstrafe wie Cesare Beccaria und Moritz Liepmann anerkennen und hat selbst das Nürnberger Juristenurteil zugeben müssen. Es erkennt ausdrücklich

"die absolute Notwendigkeit einer strengen Anwendung des Strafrechts in Zeiten großer Not an, wenn die Nation unter dem Druck des Krieges steht, namentlich gegenüber Gewohnheitsverbrechern oder Plünderern. Jeder, der die starke Verwüstung der großen Städte Deutschlands gesehen hat, muß sich klar sein, daß die Sicherheit der Zivilbevölkerung verlangte, die Werwölfe, die durch die Straßen der brennenden Städte streiften, Leichen beraubten und die zerstörten Häuser plünderten, streng zu bestrafen".

Es darf auch nicht außer Betracht gelassen werden, daß die deutschen Strafrichter nach der nationalsozialistischen Machtergreifung dringend ermahnt worden waren,

-
- 1) Die Demokraten machen davon keine Ausnahme. In seiner Diss. über das Thema: Todesstrafe und todeswürdige Verbrechen im schweizerischen Militärstrafrecht (Zürich 1953) hat Max Gysin mitgeteilt, daß in der schweizerischen Armee während des 2. Weltkrieges von 33 Todesurteilen immerhin 17 vollstreckt worden sind. 15 der Verurteilungen erfolgten dabei in absentia. Von den in Anwesenheit abgeurteilten 18 Soldaten wurde nur einer begnadigt. 50 Militärpersonen erhielten lebenslängliche Freiheitsstrafen. Im Schweizerischen Recht war in 15 Tatbeständen die Todesstrafe angedroht (bei Ungehorsam vor dem Feind, Meuterei, Feigheit, Kapitulation, Wachverbrechen, Fahnenflucht, Verletzung militärischer Geheimnisse, militärischer Landesverrat, Feindbegünstigung, Mord, Raub, Plünderung, Kriegsraub). Ein Bedürfnis nach Anwendung der Todesstrafe wird von Schweiz. Autoren im beschränkten Umfang auch für Zeiten außerhalb des Krieges bejaht. Gysin a.a.O. S. 137. - In den Erinnerungen des amerikanischen Panzergenerals Patton (Krieg. Wie ich ihn erlebte. Bern 1950) ist zu lesen (S. 259): "Einer der größten Mängel in unserer Armee ist die zu milde Bestrafung militärischer Vergehen. Der Sinn der Militärjustiz ist nicht, formal juristisch, sondern erzieherisch zu wirken. Es ist meiner Ansicht nach gerecht und billig, daß Soldaten, die auf der Wache einschlafen, während des Kampfes unnötig lang ausbleiben oder sich in der Schlacht drücken, exekutiert werden".

die Zügel straffer anzuziehen. Gegen die "Erweichungstendenzen" der zurückliegenden Zeit hatten sich 1933 und 1934 auch im liberalen Lager stehende Strafrechtslehrer wie Friedrich Oetker, Heinrich Gerland und Hellmuth von Weber gewandt.¹⁾

Friedrich Oetker schrieb damals:²⁾

"Was wir der Gerechtigkeit im Bilde als ihre Attribute zuteilen, neben der Waage das S c h w e r t , muß sie auch in der harten Wirklichkeit behalten. Es fruchtet nicht, die Gründe für und wider die T o d e s s t r a f e immer von neuem zu wiederholen. Die Welt, in der wir leben, läßt nicht zu, das Schlachtschwert in die Sichel umzuschmieden, das Richtschwert durch ein Symbol der Heilbehandlung zu ersetzen. Wir bedürfen starker Schutzwehren gegen die Flut des Verbrechens und würden den Wert des Menschenlebens gerade dadurch mißachten, daß wir dem ruchlosen Mörder die Todesstrafe ersparten. Für die Volksgemeinschaft gilt das Gesetz der Selbsterhaltung nicht nur in Kriegszeiten, auch gegen den inneren Feind, der die Grundlagen unserer Rechts- und Staatsordnung angreift, sich am Volkswohle versündigt, kehrt sich die volle Wucht der staatlichen Machtmittel. Vergessen wir nicht, daß gar manche, die zuvor grundsätzlich die Todesstrafe verworfen hatten, ganz anderen Sinnes geworden sind, nachdem sie in den Besitz der Macht gelangt waren. Es braucht nur an Robespierre und Marat erinnert zu werden".

Es war freilich schon nach wenigen Jahren zu erkennen, daß die deutsche Strafjustiz im Begriffe war, in das entgegengesetzte Extrem zu verfallen, das heißt, die Strenge zu übertreiben. Dieser Entwicklung trat - in der damals unerläßlichen vorsichtigen Fassung - 1939 der Bonner Strafrechtslehrer Alexander Graf zu Dohna entgegen.³⁾ Er wies

1) Oetker im Gerichtssaal Bd. 104 (1934) S. 1 ff., Gerland und von Weber in der DJZ von 1933.

2) a.a.O. S. 9.

3) Die Verwendung der Todesstrafe in Deutschland seit 1933. MoSchrKrimPsych. 1939, 479 ff.

in einem Aufsatz zunächst darauf hin, daß sich die Zahl der Todesurteile erheblich vermehrt habe, nicht zuletzt dank erheblicher Vermehrung der Todesstrafenandrohung in den Gesetzen, dann aber wegen der größeren Bereitschaft der Gerichte, die Todesstrafe zu verhängen. Er wies auf die Gefahren hin, die der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit durch diese Entwicklung erwachsen seien und mahnte zur Vorsicht. Er wies schließlich darauf hin, daß in der Zeit von 1933 bis 1938 nicht weniger als 525 Todesurteile mit rund 260 Vollstreckungen ergangen seien.

Kurze Zeit danach schloß sich der zweite Bonner Strafrechtslehrer, Hellmut von Weber, in einem Aufsatz unter dem Titel: "Vom Sinn der Todesstrafe" dieser Warnung vor einem Übermaß an Todesstrafen an.¹⁾ Auch er mahnte zur Vorsicht, legte dem Gesetzgeber nahe, die Todesstrafe nur dort anzudrohen, wo die Androhung vom gesunden Volksempfinden gebilligt werde und forderte den Richter auf, nur dann zur Todesstrafe zu greifen, wenn es sich um einen für die Volksgemeinschaft verlorenen Verbrecher handle. Es müsse im Verfahren aber auch die Achtung vor der Persönlichkeit des Menschen gewahrt bleiben. Sonst "werde das Urteil in das lebendige Fleisch des Volkskörpers schneiden".

Es läßt sich nicht bestreiten, daß auch das Reichsgericht bemüht war, der Tendenz zu leichtfertiger Anwendung der Todesstrafe entgegenzuwirken. Jedenfalls ist dies das Ergebnis, wenn man sich nicht auf Einzelfälle beschränkt, sondern das gesamte Material an Urteilen und Beschlüssen nachprüft.

Mögen manche der Urteile, die auf außerordentlichen Einspruch oder Nichtigkeitsbeschwerde hin ergangen sind, von unserem heutigen Standpunkt aus als zu hart erscheinen - wir dürfen nicht vergessen, daß sie von einem ganz an-

1) Zeitschr.d.Akademie für dt. Recht 1940 S. 156 ff.

deren Blickpunkt aus ergangen sind. Der Strafrichter konnte nicht sicher sein, ob es gelingen würde, unter den sich ständig verschlechternden Lebensbedingungen die öffentliche Ordnung aufrechtzuerhalten. Es war seine Pflicht, alles zu tun, dem Lande den Zusammenbruch dieser Ordnung und das Chaos zu ersparen. Wenn er gelegentlich dabei über das Ziel hinausschoß und Urteile fällte, die wir heute als brutal empfinden - muß man da nicht größte Vorsicht walten lassen, bevor man zu einem Verdammungsurteil schreitet und dem Richter Pflichtvergessenheit vorwirft?

Was insbesondere die Nichtigkeitsbeschwerde betrifft, so hat ja genauere Nachprüfung ergeben, daß sie überwiegend günstige Entscheidungen herbeiführte. Man denke beispielsweise an das Urteil des I. Strafsenats, das in RGSt. 77, 153 ff. abgedruckt ist. Durch dieses Urteil wurde die Entscheidung eines Sondergerichts aufgehoben, weil der Angeklagte nicht ordnungsgemäß verteidigt worden war. Die Begründung enthält Wendungen, die heute zu Papier gebracht worden sein könnten.

Im übrigen läßt sich anhand der in die Zeit nach dem Kriege hinübergeretteten einschlägigen Urteile zeigen, daß die Strafsenate der Verhängung der Todesstrafe (nach Aufhebung des mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochtenen Urteils) ablehnend gegenüberstanden; sie waren bemüht, eine Verschärfung nach Möglichkeit zu vermeiden. Diese Zurückhaltung führte dazu, daß dem III. Strafsenat mit dem KZ gedroht und der II. Strafsenat aufgelöst wurde.¹⁾

Was schließlich die Behauptung anlangt, die Strafsenate des Reichsgerichts hätten alle Vorschriften des Strafrechts, die politischen Einschlag besaßen, extensiv interpretiert, so ist ein schlagender Gegenbeweis das Schicksal des im Jahre 1933 neugeschaffenen Untreuetatbestandes, der von

1) Hartung a.a.O.

dem Gerichtshof sofort nach Inkrafttreten so eingeschränkt wurde, daß politischer Mißbrauch unmöglich war. Extensive Auslegung des § 359 StGB z.B. konnte im übrigen dazu benutzt werden, der Korruption des öffentlichen Lebens entgegen zu wirken, was die Strafsenate ungeachtet aller Proteste bis zum Zusammenbruch getan haben.

Die Kritik an der Judikatur der Strafsenate des Reichsgerichts ist somit in keiner Weise durchschlagend. Sie wurde schlagwortartig geführt und auf eine so geringe Zahl von Urteilen gestützt, daß sie gegenüber den 20 000 Fällen, in denen zwischen 1933 und 1945 beim Reichsgericht in Strafsachen Urteile und Beschlüsse gefällt wurden, nicht ins Gewicht fallen.

Wäre dem anders gewesen, hätte sich Hitler nicht so unzufrieden über die Strafjustiz äußern können. Aus den "Tischgesprächen" und den Einträgen in den Tagebüchern von Goebbels wissen wir, wie wenig sie seinen Vorstellungen und Wünschen entsprach. "Unsere Justiz ist noch zu wenig elastisch", sagte er am 8. Februar 1942.¹⁾ "Sie begreift nicht die jetzige Gefahr... Unzählige Einbrüche werden noch heute mit Zuchthaus bestraft, obwohl es sich um Schwer-Vorbestrafte handelt. Wenn wir geschehen lassen, daß während der Verdunkelung überhaupt etwas geschieht, dann ist in einem halben Jahr alles unsicher... Die Justiz muß in solchen Fällen das Volksschädlingsgesetz anwenden; aber nur ein Teil der Richter begreift das, die anderen gehen nicht mit". Goebbels hat in seinen Tagebüchern von ähnlichen Äußerungen berichtet.²⁾

Diese Strafjustiz ist ganz zu Unrecht zu einem "Prügelknaben der Nation" gemacht worden.³⁾

1) Picker, Hitlers Tischgespräche S. 175.

2) Goebbels Tagebücher aus den Jahren 1942/43. Mit anderen Dokumenten herausgegeben von Louis P. Lochner, Zürich 1948 S. 212 f.

3) Daß die Strafjustiz in die Rolle eines solchen "Prügelknaben" hineingeraten ist, haben schon F. Bockelmann in der Festgabe für Smend (S. 36) und Karl S. Bader in der JZ 1960 S. 1 ff. festgestellt.

Bei Beurteilung der Geschehnisse im Dritten Reich läßt man allzu oft außer Betracht, daß es sich um komplexe Vorgänge handelt. Dies hat niemand klarer erkannt als der ehemalige Botschafter George F. Kennan, der als einer der besten amerikanischen Kenner der europäischen Verhältnisse angesprochen werden muß. In seinen Erinnerungen wendet er sich mit Nachdruck gegen die "Verteufelung" des deutschen Volkes¹⁾ in Teilen der amerikanischen öffentlichen Meinung und erklärt, die Alliierten hätten eine große Chance dadurch verpaßt, daß sie versäumten, mit den deutschen Konservativen und den militärischen Führern zu verhandeln²⁾: „Ich... wußte..., daß Menschen zu ihm (zum deutschen Volk) gehörten, deren positive Eigenschaften, darunter Mut und Humanität, eine negative Verallgemeinerung ganz unmöglich machten“³⁾. Pauschalurteile, wie sie über die deutsche Justiz im allgemeinen und das Reichsgericht im besonderen an der Tagesordnung sind, laufen aber auf eine solch unzulässige Verallgemeinerung hinaus.

-
- 1) Dazu auch die schöne Äußerung von Robert d'Harcourt:
"Dieses schreckliche Deutschland, das zum Albdruk der ganzen Welt wurde, ist nicht das echte Deutschland. Es ist eine Maske des Hasses, die seine Züge entstellt und verzerrt. Das wahre Gesicht Deutschlands sieht anders aus..."
- 2) Kennan, S. 125.
- 3) a.a.O. S. 125/126.

Lebenslauf

Am 26. April 1943 wurde ich als Sohn des Prokuristen Kurt Lengemann und seiner Ehefrau Amalie geb. Werner in Fulda geboren.

Nach vierjährigem Besuch der Volksschule besuchte ich ab Ostern 1953 das Freiherr-vom-Stein-Gymnasium in Fulda, wo ich im Februar 1962 die Reifeprüfung ablegte.

Vom Sommersemester 1962 an studierte ich Rechtswissenschaften an den Universitäten Marburg, Genf und Würzburg. Die 1. juristische Staatsprüfung bestand ich am 31. Januar 1967 vor dem Justizprüfungsamt des Landes Hessen. Vom 1. April 1967 bis 31. August 1968 war ich als wissenschaftliche Hilfskraft an der juristischen Fakultät der Universität Marburg tätig. Vom 2. September 1968 bis 4. Februar 1972 absolvierte ich den Vorbereitungsdienst in Rheinland-Pfalz, den ich am 4. Februar 1972 mit der 2. juristischen Staatsprüfung vor dem Landesprüfungsamt für Juristen in Rheinland-Pfalz abschloß. Seit dem 4. April 1972 bin ich als Rechtsanwalt in Gelnhausen (Landgerichtsbezirk Hanau) tätig.

Rolf Lengemann



